Die Stellung der Gesellschafter

im

Prozesse der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Königl. bayer. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Silberstein

aus Schweinfurt.

Würzburg.

Königl. Universitätsdruckerei von H. Stürtz.

1894.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0202

Seiner teuren Mutter

in

dankbarer Liebe

gewidmet vom

Verfasser.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Der Rechtscharakter der offenen Handelsgesellschaft . . 7

§ 2. Die Partei im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft . 10

§ 3. Die Prozessfähigkeit der Gesellschafter 15

§ 4. Das gegenseitige Verhältnis der Gesellschafter 19

§ 5. Die Prozesshandlungen der Gesellschafter 22

§ 6. Die Eidesleistung insbesondere 28

§ 7. Die Geltendmachung individueller Rechte 33

§ 8. Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteils 35

§ 9. Nebenintervention und Zeugschaft 46

§ 10. Veränderungen unter den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft 49

§ 11. Die Stellung der Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft in Liquidation 56

§ 1.

Der Rechtscharakter der offenen Handelsgesellschaft.

Von grundlegender Bedeutung für unsere weiteren Untersuchungen ist es, einen festen Standpunkt in der Streitfrage einzunehmen, ob die offene Handelsgesellschaft eine sogenannte juristische Person, d. h. ein eigenes von ihren Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt ist oder ob die Gesellschafter selbst Träger der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten sind.

Dagegen können hier die mannigfachen bezüglich der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaft gemachten Konstruktionsversuche unerörtert bleiben, nach welchen die offene Handelsgesellschaft bald als eine juristische oder als eine relative juristische Person, bald als eine Gesellschaft mit kollektiver Personeneinheit, eine Sozietät, ein Gesamthandsverhältnis oder was sonst noch behauptet worden sein mag, bezeichnet wird.

Der Kernpunkt jeder juristischen Person ist ihre Vermögensfähigkeit. Hier ist auch das Kriterium für die Frage zu suchen: „Wann bildet eine Mehrheit von physischen Personen eine juristische Person?“ Nach unserer Meinung hat Laband[1]) in völlig überzeugender Weise nachgewiesen, dass „Vereinigungen, bei welchen das objektive Recht die Mitglieder von der Haftung für die zur Erreichung der Gemein-

[1]) Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaft in der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt. Bd. XXX, S. 469 ff.

schaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten befreit, juristische Personen, Vereinigungen, bei welchen Mitglieder als solche für die zur Erreichung der Gemeinschaftszwecke eingegangenen Verbindlichkeiten haften, Rechtsverhältnisse sind". Dabei betont Laband mit Recht, dass es allein auf die primäre Haftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Vereinigung ankomme, während durch besonderen Vertrag oder Statut auch die Glieder einer Korporation einer subsidiären Haftung für die Verpflichtungen der Gesamtheit unterworfen sein können. Nach Artikel 112 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches [1]) haften die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch, mit ihrem ganzen Vermögen und, wie allgemein anerkannt wird, auch primär. Es fehlt also, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die offene Handelsgesellschaft im Verkehr als ein selbständiges Institut gilt und zahlreiche objektive Rechtssätze dieselbe der Gestaltung einer juristischen Person nahe bringen, derselben an dem essentiale einer Korporation, der Nichthaftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Vereinigung. Die offene Handelsgesellschaft ist daher keine juristische Person. Unmittelbar hieraus folgt, dass die Gesellschafter selbst die Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind.

Dieses ist auch die in Deutschland in Theorie [2]) und Praxis [3]) herrschende Meinung.

Gegen Laband wird von Eccius [4]) geltend gemacht, dass die offene Handelsgesellschaft, auch wenn man dem Laband-

---

[1]) Für die Folge bedeutet Art. bezw. § ohne nähere Bezeichnung die Artikel des allg. deutschen Handelsgesetzbuches, bezw. die Paragraphen der Reichscivilprozessordnung.

[2]) Ausführliche Litteraturangaben s. bei Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, § 62, Note 2 und Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechtes, 2. Aufl., S. 389, Note 33; gegen den Charakter der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person neuerdings noch Staub, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl., § 2 zu Art. 85.

[3]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Bd. II, S. 37, III, 417, V, 205, IX, 17, XII, 261, XIV, 5, XX, 180 ff., XXV, 126; Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen, Bd. III, S. 57, V, 55, 71, IX, 144, XI, 117, XVIII, 139, dagegen: XXV, 256.

[4]) In der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXII, S. 9 f.

schen Satze folge, nicht ein blosses „Rechtsverhältnis“ darstelle. Denn auf Grund dieser Lehre könne das Vorhandensein einer juristischen Person nur dann verneint werden, wenn für alle Schulden der Gesellschaft ausser dem Gesellschaftsvermögen auch der einzelne Gesellschafter persönlich hafte. Eine solche persönliche Haftung fehle aber, wenn ein Gesellschafter nach Art. 93 der Gesellschaft als Gläubiger gegenüberstehe. Es ist richtig, dass in diesem Falle Art. 112 keine Anwendung findet und die Gesellschafter während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft lediglich mit dem gemeinschaftlichen, dem Gesellschaftsvermögen, haften. Dieses hat jedoch seinen Grund nicht in einem prinzipiellen Gegensatze zwischen „Gesellschaft“ und „Gesellschaftern“, sondern allein darin, dass spezielle aus dem persönlichen Verhältnisse der Gesellschafter zu einander sich ergebende rechtliche Erwägungen der Anwendung des Art. 112 entgegenstehen. Es würde nämlich der Gesellschafter durch Inanspruchnahme der solidarischen Haftverbindlichkeit des Mitgesellschafters denselben entgegen der Bestimmung des Art. 92 zur Erhöhung seiner Einlage zwingen und zugleich damit etwas fordern, was er wieder zurückgeben müsste[1]).

Weiter ist gegen die Laband'schen Ausführungen und zwar von Goldschmidt[2]) eingewendet worden, „dass für die richtige Abgrenzung von Korporation und Sozietät überhaupt die einfache logische Formel, mit welcher Laband diese sehr komplizierten Verhältnisse zu ordnen versucht, nicht genügt“, und zum Beweise hiefür auf die Existenz von Korporationen hingewiesen, welche hinter der Haftung des Gesellschaftsvermögens eine (subsidiäre) Haftung der Mitglieder sogar fordern. Dieser Einwand ist um deswillen nicht stichhaltig, weil Laband ausdrücklich ausführt, dass das massgebende Kriterium in der primären Haftung, bezw. Nichthaftung der Gesellschafter liegt. Die von Goldschmidt a. a. O. für das Vorhandensein einer Korporation angeführten

1) Dolo facit qui petit quod redditurus est. Vergl. R. G. Bd. XIII, S. 145, Staub, Kommentar, § 10 zu Art. 112.

2) System des Handelsrechtes von Goldschmidt, 3. Aufl., S. 120.

Kriterien: „Wechsel der Mitglieder“ und „Organisation, welche die Ermittelung des Vereinswillens und ein Handeln für die nur gedachte Persönlichkeit ermöglicht“, bezeichnet dieser selbst als blosse naturalia, so dass nach ihm ein essentiale überhaupt nicht angegeben werden kann — ein gewiss nicht wünschenswertes Resultat.

§ 2.

Die Partei im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft.

1. In jedem Civilprozesse wird die gerichtliche autoritative Entscheidung über ein Privatrechtsverhältnis angerufen. Von den Beteiligten verlangt der eine Anerkennung und eventuelle Verwirklichung eines ihm gegenüber dem anderen nach seiner Behauptung zustehenden Privatrechtes, während dieser andere — regelmässig — die Aberkennung desselben zu erreichen sucht. Diese Beteiligten sind die Prozessparteien, der den Anspruch Erhebende heisst Kläger, der Gegner Beklagter[1]).

Aus der Natur der Sache folgt, dass nur in dessen Namen ein Recht geltend gemacht werden kann, der überhaupt fähig ist, Träger von Rechten zu sein, und dass es unmöglich ist, dem gegenüber einen Rechtsanspruch zu erheben, welchem kraft objektiven Rechtes die persönliche Rechtsfähigkeit versagt ist. Wir kommen daher zu der These: „Keine Parteifähigkeit ohne Rechtssubjektivität“[2]). Als Rechtssubjekte sind im heutigen Rechte anerkannt: der physische Mensch und die sog. juristische Person. Daraus ergiebt sich, dass die offene Handelsgesellschaft nicht selbständige Prozess-

---

[1]) Vergl. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Prozessrechtes, 2. Aufl., §§ 45, 46; Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechtes, Bd. I, S. 199 ff.

[2]) Ebenso: Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes, S. 519, Plank l. c., S. 209, Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung, 5. Aufl., S. 64 in fine, Gaupp, Kommentar zur Civilprozessordnung, 2. Aufl., S. 110.

partei sein kann, weshalb notwendigerweise den Gesellschaftern im Firmenprozesse die Parteistellung zukommen muss.

2. Mit diesem Satze scheint die Bestimmung des Art. 111: „die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma vor Gericht klagen und verklagt werden“ in Widerspruch zu stehen.

Die Bedeutung der genannten Gesetzesbestimmung erhellt aus den Verhandlungen der Gesetzgebungskommission für das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Art. 87 des preussischen Entwurfes eines Handelsgesetzbuches lautete: „Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben“. Nachdem der erste Satz dieses Artikels von der Nürnberger Kommission[1]) deshalb gestrichen war, weil damit der offenen Handelsgesellschaft der Charakter einer juristischen Person beigelegt sei, wurde beantragt, den 1. Teil des zweiten Satzes zu fassen: „die Gesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden“. Der Antragsteller erklärte, mit seinem Antrage lediglich einem praktischen Bedürfnisse entgegenkommen zu wollen. Denn es sei bisher an manchen Orten die Klage formell abgewiesen worden, wenn nicht sämtliche Gesellschafter mit Namen als Parteien genannt waren und an sämtliche die Zustellung erfolgt war. Auch ein anderer Abgeordnete erklärte, dass der Antrag nur formelle Bedeutung habe. In Übereinstimmung hiemit wurde bei einem zu Art. 117 des preussischen Entwurfes gestellten Antrage ausgeführt: mit den Worten „Klagen aus Verbindlichkeiten einer Gesellschaft können gegen die Gesellschaft gerichtet werden“ werde „nicht etwa gesagt, dass eine Klage gegen die Gesellschaft wie gegen ein besonderes Rechtssubjekt zulässig sei, sondern nur soviel, dass man sämtliche Gesellschafter auch unter der Firma als ihrem Kollektivnamen belangen könne[2]).

[1]) Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches, herausgegeben von Lutz, S. 274 ff.

[2]) Protokolle, S. 222.

Aus diesen Erklärungen geht deutlich hervor, dass durch die Bestimmung „die Gesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden“ nach dem Willen des Gesetzgebers der Gesellschaft als solcher keineswegs Parteifähigkeit beigelegt werden sollte, sondern nur bezweckt war, nunmehr — zur Vermeidung der anderen Falles sich ergebenden praktischen Härten — alle Gesellschafter unter einem Namen zusammenzufassen und die namentliche Aufführung der sämtlichen einzelnen Gesellschafter durch Nennung des Kollektivnamens zu ersetzen. Demnach bleibt auch bei der Vorschrift des Art. 111 die Parteistellung der Gesellschafter selbst im Prozesse der Gesellschaft aufrecht erhalten.

3. Da die Reichscivilprozessordnung keine Vorschriften über die Parteifähigkeit aufgestellt hat, so bestimmt sich dieselbe nach dem bürgerlichen Rechte[1]).

Eine Besonderheit ist auch nicht aus den §§ 19 und 157 bezüglich der Personenvereine, welche als solche klagen und verklagt werden können, dahin zu entnehmen, dass diesen Vereinen nach der Civilprozessordnung die Parteifähigkeit beigelegt sei.

In den angezogenen Paragraphen ist der allgemeine Gerichtsstand dieser Personenvereine und die Zustellung an dieselben geregelt. Sie sind hiebei allerdings in die gleiche Linie mit Behörden, Gemeinden und Korporationen, also selbständigen juristischen Personen, gestellt. Jedoch sind die in den §§ cit. gegebenen Vorschriften nur eine notwendige Konsequenz der Bestimmung, dass eine Mehrzahl von zu einem Vereine zusammengefassten Personen unter gemeinsamem Namen klagen und verklagt werden kann, und nichts berechtigt dazu, aus ihnen allein zu schliessen, dass die Civilprozessordnung im Widerspruch mit dem Fundamentalsatz über die Parteifähigkeit die genannten Personenvereine schlechthin, gleichgültig ob dieselben Rechtssubjektivität besitzen oder nicht, als Prozessparteien behandelt wissen will.

Dagegen scheinen allerdings die Motive zur Civilprozess-

---

1) Dieses war noch ausdrücklich vorgeschrieben im § 79 des „Norddeutschen Entwurfes zur Civilprozessordnung.“

ordnung die Personenvereine, welche als solche klagen und verklagt werden können, ohne Weiteres für parteifähig zu halten. Denn sie zählen dieselben neben den juristischen Personen als nicht prozessfähig auf und fahren dann fort: „alle nicht prozessfähigen Parteien werden im Prozesse durch „gesetzliche Vertreter" vertreten[1])". Diese Anschauung, welche sich, nachdem die Parteifähigkeit in der Civilprozessordnung überhaupt nicht geregelt ist, als eine blosse Privatmeinung darstellt, ist unhaltbar, weil in ihr eine Ausserachtlassung des Satzes, dass die Parteifähigkeit Rechtsfähigkeit zur unentbehrlichen Voraussetzung hat, gelegen ist. Die Motive bleiben sich übrigens gerade in Bezug auf die offene Handelsgesellschaft nicht durchweg konsequent. In der Begründung zu § 59 nämlich wird gesagt, dass es zweifelhaft sei, ob und in wie weit die offene Handelsgesellschaft unter diesen Paragraphen falle[2]). Dieser Zweifel wäre unmöglich, wenn die offene Handelsgesellschaft, d. i. ein Personenverein, welcher als solcher klagen und verklagt werden kann, als Prozesspartei erschiene. Denn die einzelnen Gesellschafter kämen dann nur als Stellvertreter der Partei in Betracht und könnten folglich nie Streitgenossen sein.

Einerseits wird also der allgemeine Satz, dass die Parteifähigkeit im Prozesse sich nach bürgerlichem Rechte bestimmt, durch die Vorschriften der §§ 19 u. 157 nicht modifizirt, andererseits kommt nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch der offenen Handelsgesellschaft selbständige Parteifähigkeit nicht zu. Es gilt daher das oben Gesagte, welches wir, wie folgt, präzisieren:

„Parteien sind — als Kläger oder Beklagte — im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft, die unter einem Kollektivnamen in Bezug auf ihre gesellschaftliche Vereinigung formell zusammengefassten Gesellschafter."

Diese Auffassung ist keine allseitig geteilte. Anlangend die Praxis, hat zwar das Reichsoberhandelsgericht konstant

[1]) Motive zum Entwurf einer Civilprozessordnung für das deutsche Reich (Entwurf III), S. 77; vergl. auch S. 286.

[2]) Motive, S. 83.

in diesem Sinne entschieden[1]), das Reichsgericht aber ist schwankend[2]). Auch in der Theorie wird teils der offenen Handelsgesellschaft als solcher, teils den Gesellschaftern im Firmenprozesse die Parteistellung zugeschrieben[3]).

Während von den Gegnern die einen in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person sehen und sie deshalb für ein selbständiges Prozessubjekt erklären, die anderen — gleich den Motiven — die Parteifähigkeit mit der Fähigkeit, zu klagen und verklagt zu werden, identifizieren, geht Gaupp[4]), von der letzteren Ansicht ausgehend und zugleich den richtigen Standpunkt, dass Parteifähigkeit ohne Rechtssubjektivität nicht möglich ist, einnehmend, soweit, zu behaupten, das Gesetz verleihe, indem es einem Personenvereine die Fähigkeit, zu klagen und verklagt zu werden, zuteile, diesem damit wenigstens in der Beschränkung auf das Gebiet des Prozessrechtes die Rechtssubjektivität. Diese Folgerung ist unbegründet. Es heisst von vornherein dem Gesetzgeber viel zumuten, will man von ihm Bestimmungen voraussetzen, wonach das nämliche juristische Gebilde materiellrechtlich keine eigenen Rechte und Pflichten haben könne, im Prozesse aber Rechtspersönlichkeit besitze. Denn damit wäre ein Zwittergeschöpf voll juristischer Inkonsequenz geschaffen. Wir glauben aber auch speziell für die offene

1) R.O.H.G. Bd. IX, S. 17, XII, 261, XXI, 344.

2) Übereinstimmend mit dem Texte: R.G. Bd. III, S. 57, V, 55, XII, 13, XVII, 365, Urteil vom 29. Juni 1892, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1892, S 374; dagegen analog den Motiven: Bd. XII, S. 399, XIV, 20.

3) Für das Erstere: Wilmowski-Levy, Kommentar zur Civilprozessordnung, 6. Aufl. S. 93, Gaupp, Kommentar, Vorbemerk. zu § 50, Petersen, Kommentar zur Civilprozessordnung, 2. Aufl., Anm. 5 zu § 436, Staub, Kommentar, § 5 zu Art. 111, Behrend l. c. S. 525, Eccius l. c. S. 5 ff.; für das Letztere: Wach l. c., S. 520, Seuffert, Kommentar, S. 64 f., Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, S. 353, Roemer, Abhandlungen, S. 167, Sommer bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Bd. XXX, S. 374, v. Canstein in der Zeitschr. für deutschen Civilprozess von Busch, Bd. VIII, S. 233.

4) Gaupp l. c.

Handelsgesellschaft nachgewiesen zu haben, dass auf dieselbe mit der Fähigkeit, zu klagen und verklagt zu werden, keineswegs Parteifähigkeit und noch weniger Rechtssubjektivität übertragen werden sollte.

§ 3.

Die Prozessfähigkeit der Gesellschafter.

Art. 117 des Handelsgesetzbuches bestimmt: „Die Gesellschaft wird vor Gericht von jedem Gesellschafter gültig vertreten, welcher von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist.“ Jeder firmierende Gesellschafter kann demnach den Prozess der offenen Handelsgesellschaft selbst führen oder durch einen von ihm bestellten Prozessbevollmächtigten führen lassen; jeder nicht firmierende Gesellschafter muss sich durch die socii gerentes vertreten lassen[1]). Hiemit ist aber weder gesagt, wann der firmierende Gesellschafter prozessfähig, noch ob der von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossene Genosse als solcher prozessunfähig im Sinne der Civilprozessordnung ist. Diese Fragen sind auf Grund der Bestimmungen der Civilprozessordnung über die Prozessfähigkeit zu entscheiden.

1. Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, richtet sich dem hier zunächst einschlägigen § 50 gemäss „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.“ Die Motive — S. 73 — besagen des Näheren, dass die Prozessfähigkeit ein Ausfluss der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit ist[2]). Wie aus der Rechtsfähigkeit die Parteifähigkeit, so geht also — mit der Modifikation des § 51 — aus der Handlungsfähigkeit die Prozessfähigkeit hervor.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch enthält — abgesehen von den Artikeln 8 und 9, die heute infolge des § 51 C. P. O. für den Prozess ohne besondere Bedeutung

[1]) Diese Vorschrift wird durch die Civilprozessordnung gemäss § 13 des Einführungsgesetzes zu derselben nicht berührt.

[2]) Vergl. R.G. Bd. XII, S. 399 f.

sind — keine Vorschriften über Handlungsfähigkeit, weshalb die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zur Anwendung gelangen. Massgebend für die Frage der Handlungs- und damit der Prozessfähigkeit sind die sog. statuta personalia und zwar entscheidet je nach dem Rechte des Prozessgerichtes die Staatsangehörigkeit oder das Recht des Domizils[1][2]). Nach diesen Rechtsregeln ist daher im einzelnen Falle die Prozessfähigkeit der firmierenden Gesellschafter zu beurteilen.

2. Zur Vornahme von Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft und mit rechtlicher Wirksamkeit für dieselbe ist nach Art. 114 lediglich der zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ermächtigt[3]). Der nicht firmierende Genosse kann — das besagt Art. 114 nach der negativen Seite — als solcher nicht rechtswirksam im Namen der Gesellschaft handeln, kann in seiner Eigenschaft als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft diese weder berechtigen noch verpflichten. Die Disposition eines Handelsgesellschafters als solchen wirkt, da eben im Namen der Gesellschaft gehandelt wird, entweder für die „Gesellschaft", d. i. für die Gesamtheit der Gesellschafter, oder für niemanden, auch nicht für den Handelnden selbst. Indem daher der von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossene Gesellschafter die Gesellschaft nicht berechtigen und verpflichten kann, ist ihm auch die Möglichkeit genommen, sich selbst als offenen Handelsgesellschafter zu berechtigen und zu verpflichten. Seine Willenserklärungen sind weder für die Gesellschaft noch für ihn — als Gesellschafter — unmittelbar von rechtlichen Folgen begleitet. Es ist also dem socius non gerens nicht allein die (auf gesetzlicher Vorschrift beruhende) Vollmacht zur Vertretung Anderer entzogen, sondern mit seinem Ausschlusse von der Vertretungs-

[1]) Vergl. v. Bar in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff, S. 731 f.

[2]) Ausserdem ist noch die besondere Vorschrift des § 53 C.P.O, bezüglich der Ausländer zu beachten.

[3]) Vergl. zum Folgenden: Wach, der Eidesbeweis in den Prozessen der offenen Handelsgesellschaft bei Busch, Z. f. C.P.R., Bd. IX, S. 433 ff., insbesondere S. 443 ff.

befugnis ist ihm überhaupt die Fähigkeit genommen, innerhalb der Rechtssphäre der offenen Handelsgesellschaft mit rechtlicher Wirkung zu handeln. Mangel an Fähigkeit zu rechtswirksamem Handeln ist aber Mangel an Handlungsfähigkeit[1]). Der nicht firmierende Gesellschafter ist daher in seiner Eigenschaft als Gesellschafter handlungsunfähig.

Die von Wach in der genannten Abhandlung geltend gemachten Gegengründe können nicht als stichhaltig erachtet werden. Sie alle widerlegen nicht die Thatsache, dass der von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossene Gesellschafter, so lange der Ausschluss währt, unfähig ist, sich durch eigene Handlungen als socius zu berechtigen und zu verpflichten. Denn wenn der nicht firmierende Gesellschafter individuell befreiende Verträge abschliesst — es ist dieses nur mit Bezug auf das Privatvermögen thunlich —, wenn er umgekehrt seine aus der Gesellschafterstellung entspringenden Verpflichtungen — und zwar wiederum nur soweit das Privatvermögen in Betracht kommt — durch Pfandbestellungen u. dgl. erhöht, wenn er kraft besonderer Vollmacht oder auf Grund nachträglicher Genehmigung die Gesellschaft verpflichtet, so nimmt er alle diese Handlungen nicht als Mitglied der Gesellschaft vor, sondern handelt unabhängig von dieser Stellung individuell in eigenem Namen. Die Rechtsgültigkeit dieser Geschäfte bestimmt sich nach der dem Handelnden innewohnenden allgemeinen Handlungsfähigkeit; unberührt bleibt dabei die Frage, ob dieselbe Person als Gesellschafter handlungsfähig ist oder nicht.

Beweisdienlich für Wach ist auch nicht, dass der nicht firmierende Gesellschafter nach Art. 115 die Gesellschaft verpflichten kann, sofern die Voraussetzungen nicht vorhanden sind, „unter welchen nach Art. 46 hinsichtlich der Prokura die Wirkung gegen Dritte eintritt". Denn in diesem Falle tritt eben nach aussen die Wirkung des Ausschlusses von der Vertretungsbefugnis überhaupt nicht zu Tage, der Gesellschafter gilt rechtlich als von der Vertretungsbefugnis nicht

[1]) s. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. I, § 73. Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 49.

ausgeschlossen und steht infolge dieser Fiktion dem firmierenden Genossen völlig gleich. Auch der weitere Einwand, dass bei Kollektivvertretung die Gesellschafter, welche nur Kollektivvollmacht haben, nach der hier vertretenen Ansicht als Einzelne handlungsunfähig wären, trifft nicht zu. Denn richtiger Meinung nach ist Art. 100 Abs. 1 analag auch auf die Kollektivvertretung anwendbar[1]), der zur kollektiven Vertretung ermächtigte Gesellschafter also bei Gefahr im Verzuge im stande, allein Geschäfte im Namen der Gesellschaft mit rechtlicher Wirkung gegenüber Dritten vorzunehmen, so dass auch bei blosser Kollektivermächtigung dem Genossen die Fähigkeit bleibt, in seiner Eigenschaft als Gesellschafter die Gesellschaft und damit sich selbst selbständig zu verpflichten.

Endlich führt Wach an, dass der Ausschluss von der Vertretungsbefugnis nur rechtsgeschäftliche Selbstbeschränkung sei und deshalb keine Prozessunfähigkeit im Sinne der Civilprozessordnung erzeugen könne. Das Handelsgesetzbuch kennt nun zwar den Ausschluss eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis nur als Ausnahmefall und überlässt dessen Anordnung der Privatdisposition der Gesellschafter selbst. Indem es aber an den vertragsgemäss zu stande gekommenen und von ihm selbst dispositiv gewollten Ausschluss die Folge knüpft, dass der socius non gerens als Mitglied der Gesellschaft verpflichtungsunfähig ist, ist durch den rechtsgeschäftlichen Ausschluss von der Vertretungsbefugnis die gleiche Rechtslage geschaffen, als ob derselbe dem unmittelbaren Willen des Gesetzes entspränge. Warum sollte daher diese Verpflichtungsunfähigkeit allein deshalb, weil sie ihre direkte Ursache in einem Privatwillensakte hat, ein besonderes rechtliches Gepräge tragen und nicht von den gewöhnlichen Folgen begleitet sein?

Nach § 51 C. P. O. ist „eine Person insoweit prozessfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann“. Der partiellen Verpflichtungsunfähigkeit entspricht demnach eine partielle Prozessunfähigkeit[2]).

---

[1]) Ich schliesse mich den Gründen Renaud's l. c., S. 372, an; a. M. Staub, Kommentar, zu Art. 100.

[2]) In dem Streite über die Bedeutung des § 51 Abs. 1 halte ich

Hieraus folgt, dass der von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossene Gesellschafter — entsprechend dem Umfange seiner Handlungsunfähigkeit — im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft prozessunfähig ist[1]).

3. Gesetzlicher Vertreter der offenen Handelsgesellschaft ist nach Art. 114, bezw. 117 ausserhalb und innerhalb des Prozesses jeder firmierende Gesellschafter. Dieser ist im Verhältnis zu den übrigen firmierenden Gesellschaftern der gesetzliche Vertreter prozessfähiger Personen[2]); für die von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossenen Gesellschafter bildet seine Vertretung die notwendige Ergänzung der ihnen mangelnden Handlungs- bezw. Prozessfähigkeit. Sein Verhältnis zu den nicht firmierenden Genossen ist demzufolge das eines gesetzlichen Stellvertreters nicht prozessfähiger Personen im Sinne der Civilprozessordnung[3]).

§ 4.

Das gegenseitige Verhältnis der Gesellschafter.

Wir haben oben erörtert, dass im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft nicht die Gesellschaft als solche, sondern sämtliche Mitglieder derselben sich in der Parteirolle befinden.

für die richtige Ansicht, dass dieser Paragraph nicht nur auf die Ausnahmen von der Prozess u n f ä h i g k e i t, sondern auch auf solche von der Prozess f ä h i g k e i t anwendbar ist; denn dafür spricht der klare Wortlaut wie auch die ratio des Gesetzes, wonach materielle und prozessuale Handlungsfähigkeit parallel mit einander gehen sollen; so auch W a c h, Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes, S. 537 ff., W i l m o w s k i-L e v y, Kommentar, S. 96 f., G a u p p, Kommentar, Note II, 2 zu § 51, R.G. Bd. XI, S. 188.

1) Vgl. hiezu Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. März 1884, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1884, Nr. 14, auch R.G. Bd. XVII, S. 365 ff.

2) Vgl. W a c h l. c., S. 591, G a u p p, Kommentar, Note VII zu § 50.

3) Die Ansicht von P l a n k l. c., S. 211, Note 12, dass alle Gesellschafter gesetzliche Vertreter der offenen Handelsgesellschaft seien und der einzelne vertretungsbefugte Genosse nur bevollmächtigter Vertreter der Gesamtheit sei, weil die übrigen es willkürlich unterliessen, seine Vertretungsbefugnis auszuschliessen, steht im Widerspruch mit

Ist aber in einem Prozesse eine Mehrheit von Klägern oder Beklagten vorhanden, so ist das Verhältnis der sog. Streitgenossenschaft gegeben. Die Civilprozessordnung unterscheidet zwei Arten von Streitgenossenschaften, die einfache und die sog. qualifizierte des § 59. Diese letztere besteht zwischen den Gesellschaftern.

Der Paragraph 59 giebt für den Fall, dass „das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann", die besondere Vorschrift, dass bei Versäumung eines Termines oder einer Frist durch einen oder mehrere Streitgenossen die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden sollen. Diese Bestimmung lässt im Zusammenhalte mit den Motiven zu § 59[1]) die Tendenz des Gesetzgebers erkennen. Es soll der Richter da, wo auf Grund des materiellen Rechtes die Beziehungen der mehreren Streitgenossen zu der res in judicium deducta notwendigerweise die gleichen sind, durch formelle Vorschriften des Prozessrechtes nicht gezwungen werden, im Gegensatze zur einheitlichen materiellen Rechtslage den verschiedenen Streitgenossen gegenüber verschiedene Urteile zu fällen, die „unlösliche Verwickelungen herbeiführen würden"; es soll, wie Wilmowski-Levy[2]) sagen, „nicht in demselben Prozess gleichzeitig ein Rechtsverhältnis als bestehend und nicht bestehend anzusehen sein, wenn die Rechte oder Pflichten mehrerer in betreff desselben Rechtsverhältnisses zu beurteilen sind". Dieser vom Gesetz ins Auge gefasste Fall liegt im Prozesse der offenen Handels-

---

den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches (Art. 114—117). Denn nicht alle Gesellschafter schlechthin, sondern nur jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugter Genosse kann im Namen der Gesellschaft handeln, also diese vertreten; ferner fliesst die Vertretungsvollmacht nicht aus dem Willen der übrigen Gesellschafter, sondern unmittelbar aus dem Gesetze und endlich ist eine „willkürliche" Entziehung der Vertretungsbefugnis durch die Mitgesellschafter völlig unmöglich, weil der Ausschluss von der Vertretungsbefugnis nur mit Zustimmung des Auszuschliessenden erfolgen kann.

1) S. 82 f.

2) Kommentar, S. 108, vgl. v. Amelunxen, die sog. notwendige Streitgenossenschaft, S. 55 ff.

gesellschaft vor. Für die Gesellschaft disponiert nur der firmierende Genosse mit Rechtswirksamkeit. Jede seiner Handlungen berechtigt und verpflichtet aber kraft Gesetzes unmittelbar die Gesellschaft, d. i. die Gesamtheit der Gesellschafter. Wird die offene Handelsgesellschaft durch andere Thatsachen als durch Handlungen des vertretungsbefugten Genossen — re — berechtigt oder verpflichtet, so erfasst das derart entstandene Rechtsverhältnis mit seiner Existenz ebenfalls die sämtlichen unter dem Kollektivnamen der Firma zusammengefassten Genossen.

Für sämtliche Mitglieder der Gesellschaft entstehen also die Rechte und Verbindlichkeiten in durchaus einheitlicher Weise.

Soweit es sich um gesellschaftliche Rechte handelt, ist durch die Bestimmungen der Art. 119—122 jede Privatdisposition des einzelnen Gesellschafters über dieselben ausgeschlossen. Wie die Entstehung kann folglich auch Änderung und Untergang des der Gesellschaft zustehenden Rechtes für alle Gesellschafter nur einheitlich sein.

Bei Verbindlichkeiten der Gesellschaft ist zwischen dem Privatvermögen des socius und dem Miteigentum desselben am Gesellschaftsvermögen zu unterscheiden. Die einzelnen Gesellschafter können sich in Bezug auf die einheitlich entstandenen Verpflichtungen dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber in einer verschiedenen Rechtslage befinden. Denn sie können mit dem gemeinschaftlichen Gläubiger besondere, ihre persönliche Leistungspflicht allein betreffende Verträge, wie pacta de non petendo, Novationsverträge u. dergl., abschliessen. Alle diese individuellen Dispositionen sind jedoch nur mit Bezug auf das Privatvermögen möglich. Soweit der Genosse für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens, das einen von dem Privatvermögen der socii getrennt zu haltenden Vermögensfonds bildet[1]), mit diesem haftet, ist eine derartige persönliche Verfügung ausgeschlossen. Denn auch wenn man dem einzelnen Gesellschafter ideelle Anteile am Gesellschaftsver-

[1]) s. Thoel, das Handelsrecht, 6. Aufl., S. 330.

mögen zuschreibt[1]), kann die Haftung mit diesem Vermögensanteil nicht einseitig durch irgendwelche Verträge zwischen dem Gesellschaftsgläubiger und dem einzelnen Gesellschafter beeinflusst werden, weil damit in das innere Verhältnis der Gesellschafter zu einander eingegriffen würde. Sieht man aber in der offenen Handelsgesellschaft ein Gesamthandsverhältnis[2]), so ist von vornherein das Vorhandensein bestimmt abgegrenzter Quoten und somit die Möglichkeit der Verfügung über den Anteil am gemeinschaftlichen Vermögen negiert[3]).

Es ist sonach, soweit das Gesellschaftsvermögen in Betracht kommt, auch in Beziehung auf die Verpflichtungen der Gesellschaft jede eine individuelle Sonderstellung herbeiführende Verfügung von seiten eines einzelnen Gesellschafters unmöglich.

Im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sind folglich verschiedene rechtliche Beziehungen der Gesellschafter als solcher zu dem Streitgegenstande ausgeschlossen. Dem einen Genossen kann nicht ein Recht zustehen, ohne dass es in gleicher Weise auch jedem anderen Gesellschafter zukommt, es kann der eine nicht verpflichtet sein, ohne dass alle anderen — in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen — ebenso verpflichtet sind. Demgemäss ist für alle Gesellschafter, mögen dieselben Kläger oder Beklagte sein, das streitige Rechtsverhältnis notwendigerweise identisch und also nur einheitlich feststellbar im Sinne des § 59. Sohin ist der an die Spitze gestellte Satz, dass die Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis der sog. qualifizierten Streitgnossenschaft zu einander stehen, gerechtfertigt[4]).

§ 5.

Die Prozesshandlungen der Gesellschafter.

1. Mit der Bestimmung des Art. 117 Abs. 1 ist das im Art. 114 statuierte Prinzip der direkten Stellvertretung der

[1]) So: Thoel l. c. S. 329 f., Laband in der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXI, S. 40 ff.

[2]) s. Staub, Kommentar, S. 136 in fine.

[3]) Vgl. Stobbe l. c., Bd. II, § 82.

[4]) Ebenso: Wach l. c., S. 528, Note 19. Seuffert, Kommentar,

Gesellschafter durch die firmierenden Genossen auch auf den Prozess ausgedehnt. Die dort gegebene Vorschrift stellt sich als unmittelbarer Ausfluss des Satzes, dass alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft von jedem vertretungsbefugten Gesellschafter vorgenommen werden können, dar und es muss folglich die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Gesellschafters auch für den Prozess gelten (Art. 116). Jeder firmierende Gesellschafter ist daher ermächtigt, mit direkt bindender Kraft für sämtliche Mitglieder der Vereinigung alle im Rahmen der Civilprozessordnung möglichen Wissens- und Willenserklärungen abzugeben. Er kann selbständig einen Prozessbevollmächtigten bestellen, kann persönlich bestreiten und gestehen, anerkennen und verzichten, Vergleiche schliessen etc.

Von der allgemeinen Vertretungsbefugnis des socius gerens besteht jedoch eine Ausnahme. Eine Vertretung durch andere ist nämlich bei der Leistung des Parteieides, der seinem Wesen nach höchstpersönlicher Natur ist, ausgeschlossen. Dieses wurde auch von der Gesetzgebungskommission des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches dadurch zum Ausdrucke gebracht, dass in die Nürnberger Protokolle — S. 1005 — die Konstatierung aufgenommen wurde: „mit der Bestimmung des Absatz 1 wird die Frage gar nicht berührt, ob und in wie weit Eide in die Seele der anderen oder für die anderen geleistet werden können".

2. Wenn es auch in der Praxis die Regel ist, dass der Prozess der Gesellschaft durch nur einen Gesellschafter geführt wird, so ist doch die Möglichkeit offen, dass mehrere firmierende Gesellschafter in dem Prozesse handelnd auftreten. Diesem steht es gleich, wenn mehrere socii gerentes gesondert Prozessbevollmächtigte aufgestellt haben.

Auch in diesem Falle handelt der Einzelne nur im Namen

Note 3 zu § 59, v. Amelunxen l. c., S. 68 f., vgl. auch R.G. Bd. XII, S. 13, wo auf den § 434 C.P.O. Bezug genommen wird.

Unentschieden die Motive S. 83; a. M. selbsverständlich alle diejenigen, welche die Gesellschaft selbst als Partei betrachten, z. B. Wilmoski-Levy, Gaupp in ihren Kommentaren, zu § 59.

der Gesellschaft und mit Rechtswirksamkeit für sämtliche Gesellschafter. Jede Prozesshandlung, welche der eine firmierende Gesellschafter vornimmt, gilt also infolge der direkten Stellvertretung als auch von allen anderen Genossen vorgenommen. Dieser Satz bildet die Grundlage für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit der von mehreren vertretungsbefugten Gesellschaftern vollzogenen Prozesshandlungen.

Es kann sein, dass die Genossen den Prozess in völlig übereinstimmender Weise führen oder einander ergänzen. Hier ergeben sich keine Komplikationen. Es werden dadurch dieselben Wirkungen hervorgebracht, als wenn nur ein Gesellschafter handeln und den Prozessbetrieb und die Stoffvorlage ebenso bethätigen würde, wie es thatsächlich die mehreren socii gerentes zusammen thun.

Widersprechen sich die Parteihandlungen der verschiedenen Genossen, so ist zwischen Wissens- und Willenserklärungen zu unterscheiden.

Wenn die vorgebrachten Wissenserklärungen, d. h. die zum Zwecke des Angriffes oder der Verteidigung dem Richter vorgeführten thatsächlichen Behauptungen unter einander differieren, so hat das Gericht über dieselben in Befolgung des § 259 nach freier Überzeugung zu befinden.

Willenserklärungen üben einen unmittelbaren, je nach ihrem Inhalte verschiedenen Effekt auf den Prozess aus. Geben die mehreren Gesellschafter successive von einander abweichende Willenserklärungen ab, so fragt es sich, welcher von denselben rechtliche Wirkung zukommt. Die Entscheidung dieser Frage ergiebt sich, wie gesagt, daraus, dass durch jede Handlung eines Genossen sofort sämtliche Gesellschafter gebunden werden. Es sind also auch hier die Erklärungen der Gesellschafter so zu behandeln, als wenn sie nur von einem derselben abgegeben worden wären. Daraus folgt, dass die Zulässigkeit der späteren Erklärung lediglich von der prozessualen Natur der konkreten Handlung abhängt. Hat z. B. der eine Gesellschafter ein Rechtsmittel eingelegt, Beweis angeboten, einen Eid zugeschoben, so ist der darnach von einem anderen Genossen erklärte Verzicht auf Rechtsmittel, Beweisangebot und Eidesleistung der Rechtswirksamkeit fähig. Hat

umgekehrt ein socius gerens in die Änderung der Klage gewilligt oder die Klage zurückgenommen, so ist eine nachherige entgegengesetzte Disposition ohne rechtliche Wirkung. Ein von einem firmierenden Gesellschafter abgelegtes Geständnis kann nur von einem anderen widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen des § 263 gegeben sind. Verzicht und Anerkenntnis, von einem erklärt, können von keinem Genossen mehr widerrufen werden.

Als weitere Möglichkeit ergiebt sich noch die gleichzeitige Abgabe von verschiedenen Willenserklärungen durch mehrere vertretungsbefugte Gesellschafter. Zwar ist es bei geordneter Prozessleitung ausgeschlossen, dass mehrere Personen in der mündlichen Verhandlung thatsächlich gleichzeitig, d. h. so, dass ein unmittelbares zeitliches Nebeneinander der Erklärungen vorliegt, handeln, aber es wäre ein durchaus formaler und daher nicht zu billigender Standpunkt, wollte man deshalb, weil lediglich aus Gründen des Anstandes und der Ordnung mehrere Gesellschafter nicht in denselben Zeitmomenten zu Worte kommen, die Gleichzeitigkeit der Erklärungen völlig negieren und damit die an dieselbe sich knüpfenden Folgen ausschliessen. Vielmehr müssen, wenn der Wille von mehreren Gesellschaftern auf gleichzeitiges Handeln gerichtet und die Bethätigung dieses Entschlusses nur durch äussere Rücksichten der genannten Art verhindert war — ob dieses der Fall ist, ist in concreto nach freier richterlicher Überzeugung zu entscheiden —, die direkt nacheinander erfolgten Erklärungen zweier Genossen als „gleichzeitig“ behandelt werden[1]).

Geben zwei firmierende Gesellschafter in diesem Sinne gleichzeitige Willenserklärungen ab, die von einander abweichen, so verhält es sich, da alle Gesellschafter durch den Mund eines jeden socius gerens sprechen, genau so, als ob dieselbe Person gleichzeitig gesagt hätte: „ich will“ und „ich will nicht“. Der Wille der Partei ist in diesem Falle überhaupt nicht ersichtlich. Die beiden sich widersprechenden

1) Vgl. Wilmowski-Levy, Kommentar, Note 1 zu § 80, Gaupp, Kommentar, Note II zu § 80; a. M. Wach l. c. S. 579 f.

Erklärungen heben einander auf, so dass eine rechtswirksame Handlung nicht vorliegt[1]).

3. Ist mehreren Gesellschaftern die Vertretungsbefugnis in der Weise übertragen, dass „das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll“ (Art. 86), so können dieselben auch im Prozesse nur gemeinschaftlich handeln. Die Anordnung der Kollektivvertretung hat zur Folge, dass für die Gesamtheit der Gesellschafter nur dann rechtswirksam gehandelt ist, wenn alle zur Kollektivvertretung befugten Genossen zusammen gewirkt haben[2]). Geben die mehreren Personen ihre Willenserklärungen übereinstimmend ab, so liegt rechtlich nur ein Willensakt, nur eine Disposition vor. Erklären sie sich nicht sämtlich oder in einander widersprechender Weise, so ist eine Willenserklärung im Rechtssinne überhaupt nicht vorhanden[3]).

Im Prozesse ist also, mag es sich um eine schriftliche oder mündliche Erklärung handeln[4]), nur eine von allen Kollektivvertretern zusammen und übereinstimmend abgegebene Willenserklärung von unmittelbaren Rechtsfolgen begleitet. Hiebei ist jedoch zu beachten, dass die Gemeinsamkeit der Willenserklärungen auch dann gegeben ist, wenn nur einer der Kollektivberechtigten sich ausdrücklich erklärt, die Willensübereinstimmung der anderen aber aus konkludenten Handlungen ersichtlich ist[5]). Es kann also — nach Lage des konkreten Falles — eine rechtswirksame Disposition auch dann vorliegen, wenn von den zur kollektiven Vertretung befugten Gesellschaftern in Gegenwart der übrigen sich nur einer erklärt, während die anderen in widerspruchslosem Stillschweigen verharren.

Bestritten ist, ob Zustellungen, welche an einen Kollektivvertreter erfolgen, gültig sind. Der Wortlaut des Art. 117

[1]) Wilmowski-Levy, Kommentar, l. c., Gaupp, Kommentar, l. c., Staub, Kommentar, § 1 zu Art. 117.

[2]) Eine Ausnahme hievon s. oben S. 18.

[3]) s. R.G. Bd. V, S. 71.

[4]) Vgl. R.O.H.G. Bd. III, S. 183.

[5]) s. R.O.H.G. Bd. XVII, S. 402 f.; Staub, Kommentar, S. 63.

Abs. 2: „Zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht" kann zum Beweise für die Zulässigkeit der Zustellung an nur einen der Kollektivvertreter nicht herangezogen werden. Denn bei Kollektivvertretung ist eben der einzelne nicht „ein zur Vertretung befugter Gesellschafter". Auch der § 157 Abs. 3 C.P.O.[1]) lässt den Zweifel offen, ob die dort gegebene Bestimmung auch bei mehreren kollektiv berechtigten gesetzlichen Vertretern oder Vorstehern Geltung haben soll und zwar um so mehr, als in den Motiven[2]) nur von der Zustellung an mehrere gleich berechtigte gesetzliche Vertreter oder Vorsteher gesprochen wird. Dagegen dürfte der Art. 144 des Handelsgesetzbuches analoge Anwendung finden[3]). Dort ist bestimmt, dass „Zustellungen an die Gesellschaft mit rechtlicher Wirkung an einen der Liquidatoren erfolgen". Hiemit ist, da im Art. 136 als Regel die Kollektivvertretung der offenen Handelsgesellschaft in Liquidation durch alle Liquidatoren vorgeschrieben ist, ausgesprochen, dass im Falle der Gesamtvertretung auch der einzelne Liquidator ausnahmsweise die Gesellschaft bei Zustellungen an dieselbe repräsentieren kann. Nun besteht zwar zwischen der Kollektivvertretung der Liquidatoren und derjenigen der offenen Handelsgesellschafter der Unterschied, dass die eine auf gesetzlicher Vorschrift, die andere auf Privatdisposition beruht[4]). Diese Thatsache, welche eine Verschiedenheit der rechtlichen Gestaltung der beiden Kollektivvertretungen nicht herbeiführt, kann auf die analoge Anwendbarkeit des Art. 144 jedoch keinen Einfluss ausüben. Denn das tertium comparationis liegt lediglich in der Kollektivermächtigung und diese ist in beiden Fällen gegeben.

1) Hierauf beruft sich Staub, Kommentar, § 3 zu Art. 117.

2) S. 145.

3) s. v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, zu Art. 117 und dort citierte, dagegen Renaud l. c. S. 377f.

4) Hierauf stützt sich Renaud l. c. zur Begründung seiner abweichenden Ansicht.

§ 6.

Die Eidesleistung insbesondere.

1. Die sehr bestrittene Frage, ob der der Gesellschaft zu- oder zurückgeschobenen Eid von allen Gesellschaftern oder nur von den firmierenden Genossen geleistet werden muss, beantwortet sich einfach auf Grund der bisherigen Untersuchungen.

Da die prozessrechtliche Bestimmung des Art. 117, wonach jeder firmierende Gesellschafter sämtliche Genossen vertreten kann, infolge der besonderen Natur des Eides eine Vertretung auch bei der Eidesleistung nicht in sich begreift, so kommen die regelmässigen, in der Civilprozessordnung enthaltenen Vorschriften zur Anwendung und zwar trifft der im § 434 besonders vorgesehene Fall zu[1]). Denn die Gesellschafter nehmen im Prozesse der offenen Handesgesellschaft die Stellung von Streitgenossen, denen gegenüber das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann, ein. Demnach muss der Eid von allen Gesellschaftern geleistet werden, „soweit nicht rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist".

Eine allgemeine Beschränkung der Zulässigkeit der De- und Relation des Eides ist im § 435 angeordnet. Hier ist die Rechtsregel aufgestellt, dass die Prozessunfähigkeit auch Eidesunfähigkeit in sich schliesst und an Stelle der prozessunfähigen Partei deren gesetzlicher Stellvertreter den Eid zu leisten hat. Nun ist, wie dargelegt wurde, der nicht vertretungsbefugte Gesellschafter im Firmenprozesse prozessunfähig und hat in dem socius gerens seinen gesetzlichen Stellvertreter. Es folgt also aus § 435, der nur bei Minderjährigen über 16 Jahren und Verschwendern unter besonderen Kautelen eine Ausnahme zulässt, dass dem nicht firmierenden Gesellschafter auch die Fähigkeit entzogen ist, im Gesellschaftsprozesse Parteieide zu leisten. Wir kommen demnach zu dem Satze:

---

1) Vgl. R.G. Bd. XII, S. 13.

„Im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sind die Parteieide von allen Gesellschaftern zu leisten, welche von der Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen sind."

Zu demselben Ergebnisse gelangten das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen[1]). Beide Gerichte nehmen aber einen anderen Ausgangspunkt.

In dem grundlegenden Urteile des zweiten Senates des Reichsoberhandelsgerichtes vom 3. Februar 1876[2]) heisst es: „Wie aber überhaupt die Eidesweigerung wie die Eidesleistung einen Dispositionsakt enthält, welcher regelmässig nur von demjenigen vorgenommen werden kann, welchem die freie Disposition über das Streitobjekt zusteht, so hat namentlich im Gesellschaftsrecht der Satz Anerkennung gefunden, dass das Recht und die Pflicht zur Eidesleistung über Gesellschaftsangelegenheiten durch die Befugnis, die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, bedingt ist .... Die Eidesweigerung enthält ebenso eine Disposition über das Gesellschaftsvermögen, wie die Verpflichtung durch ein Rechtsgeschäft. Gesellschafter, welche nicht berechtigt sind, die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, können auch nicht durch Eidesweigerung die Sachfälligkeit der Gesellschaft im Prozesse herbeiführen".

Es wird von Wach[3]) bestritten, dass die Eidesleistung eine Disposition sei. Und dieses mit Recht. Denn nach der Intention des Gesetzgebers ist die Eidesleistung selbst, d. h. die unter Eid abgegebene Behauptung des Beweisthemas, nicht der freien Verfügung des Schwurpflichtigen unterstellt, da ja gerade der durch den Eid zu bewirkende Gewissenszwang dazu bestimmt ist, die Willkür des Schwörenden auszuschliessen. Dagegen ist zweifellos in der Eidesweigerung

[1]) R.O.H.G. Bd. XXI, S. 342 ff. u. 390, XXIII, 312, Urteil des Reichsgerichtes vom 11. Februar 1880, abgedruckt in Seufferts Archiv für Entscheid. der obersten Gerichtshöfe, Bd. XXXV, Nr. 231.

[2]) R. O. H. G. Bd. XXI, S. 344 f.

[3]) Busch, Zeitschr. f. deutschen Civilprozess l. c. S. 448 ff.

eine Dispositionshandlung gelegen [1]). Ihrer verfügenden Eigenschaft entbehrt die Eidesweigerung auch im Falle des § 434 nicht. Richtig ist zwar, dass die noch mögliche Disposition von geringerer Wirkung als in den gewöhnlichen Fällen ist, weil infolge der Eidesweigerung nicht wie sonst das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt; aber die Nichtleistung des Eides wirkt hier insoweit dispositiv, als bei der Eidesweigerung auch nur eines Genossen an die Stelle der durch die Eidesleistung aller Schwurpflichtigen bewirkten Gebundenheit des Richters die freie Beweiswürdigung desselben tritt. Da aber mit dem Rechte, bezw. der Pflicht zur Eidesleistung infolge der Unmöglichkeit, die Leistung des Eides zu erzwingen, das Recht zur Eidesweigerung untrennbar verbunden ist, kann da, wo es sich um die Frage des dispositiven Charakters des Eidesaktes handelt, Eidesleistung und Eidesweigerung nicht getrennt werden. Es muss daher mit den obersten Gerichten anerkannt werden, dass auch daraus, dass der Eidesakt eine Dispositionshandlung enthält, der nicht firmierende Gesellschafter aber unfähig ist, die Gesellschaft durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, die Unzulässigkeit der Zu- oder Zurückschiebung des Eides an den nicht vertretungsbefugten Gesellschafter folgt [2]).

Wie vom Schiedseide sind die nicht firmierenden Gesellschafter gemäss §§ 439 und 391 Abs. 3 auch vom richterlichen und Editionseide ausgeschlossen.

Die hier vertretene Ansicht soll nach Wach auch von sehr misslichen praktischen Folgen begleitet sein. Denn die Gesellschafter würden hiebei in den Stand gesetzt, sich einer unbequemen Eidesleistung zu entziehen und gerade denjenigen dem Prozessgegner übrig zu lassen, dessen Schwur ihnen genehm wäre, und sie könnten selbst einen bereits rechtskräftig auferlegten Eid hinfällig machen [3]). Es ist zuzugeben, dass

1) Dies giebt Wach a. a. O. zwar für die Regel, ausnahmsweise aber nicht für den Fall des § 434 zu.

2) Vgl. Senffert, Kommentar, Note 2 zu § 434 und die dort für und gegen citierte Litteratur, dazu noch Staub, Kommentar, § 5 zu Art. 111, § 2 zu Art. 117.

3) Wach bei Busch, Zeitschr. f. deutschen Civilprozess l. c, S. 450.

diese beiden Fälle möglich sind[1]); sie werden aber deshalb in der Praxis nicht vorkommen, weil durch derartiges Vorgehen die offene Handelsgesellschaft sich nicht in eine bessere prozessuale Lage versetzen würde. Der Zweck eines solchen Manövers wäre doch zunächst der, diejenigen Gesellschafter, welche einen Wahrheitseid zu leisten hätten und dieses nicht mit gutem Gewissen thun könnten, von der Eidespflicht durch Entziehung der Vertretungsbefugnis zu befreien und dem Gegner nur die Genossen gegenüberzustellen, die in der leichteren Form des Überzeugungseides zu schwören haben. Nach § 424 Abs. 2 ist nun das juramentum credulitatis dahin formuliert, „dass der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, dass die Thatsache wahr sei". Dadurch ist der schwurpflichtige Gesellschafter, will er nicht einen Meineid leisten, gezwungen, eben bei dem absichtlich von der Vertretung ausgeschlossenen Genossen sich sorgfältig über die zu beschwörende Thatsache zu erkundigen, und infolge dessen in dieselbe Zwangslage versetzt wie der Gesellschafter, welcher einen Wahrheitseid zu leisten hätte. Ausserdem giebt aber die Civilprozessordnung in dem Notcide dem Richter ein Mittel zur Paralysierung derartiger den Gegner in seiner Beweisführung beschränkender und prozessverzögernder Manipulationen. Der richterliche Eid nämlich kann einer Partei schon dann auferlegt werden, wenn sich für die Wahrheit ihrer Behauptungen auch nur einiger Beweis ergeben hat[2]). Ob dieses der Fall ist, hat der Richter gemäss § 259 nach freier Überzeugung zu ermessen; er ist hiebei nicht auf das Ergebnis einer Beweisaufnahme beschränkt, sondern kann seine Überzeugung auch aus den Wissenserklärungen und dem

[1]) Die Aufhebung des bereits rechtskräftigen bedingten Endurteils kann, wie Wach l. c. erwähnt, nach Entziehung der Vertretungsbefugnis auf Grund des § 433 herbeigeführt werden, welcher auch beim Wegfall eines von mehreren Schwurpflichtigen Anwendung findet; vgl. Wilmowski-Levy, Kommentar, Note 1 zu § 433, Plank l. c., Bd. II, S. 316.

[2]) Vgl. Kommentar von Seuffert, Wilmowski-Levy, Gaupp, zu § 439, Plank l. c. Bd. II, S. 328 f.

ganzen Verhalten der Parteien schöpfen[1]). Daraus nun, dass die offene Handelsgesellschaft zu einem so gewaltsamen Mittel wie Ausschliessung eines Gesellschafters von der Vertretungsbefugnis greift, um dessen Eidesleistung aus dem Wege zu gehen, erhellt regelmässig, dass für das Gewissen des betreffenden Genossen die eidliche Behauptung der Wahrheit, bezw. Unwahrheit der zu beschwörenden Thatsache zu drückend ist, woraus sich ein direkter Schluss darauf ergiebt, dass die entgegengesetzte gegnerische Behauptung der Wahrheit in höherem Masse entsprechen muss. Diese Erkenntnis genügt, um dem Prozessgegner der offenen Handelsgesellschaft den richterlichen Eid aufzuerlegen und damit jeder prozessualen Chikane die Spitze abzubrechen.

2. Sind nicht sämtliche Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft zur Vertretung befugt, so sind die socii gerentes zugleich als Streitgenossen und als gesetzliche Vertreter eidespflichtig. Nach § 436 ist bei Vorhandensein mehrerer gesetzlicher Vertreter § 434 mit der Modifikation anzuwenden, dass dann, wenn „der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter betrifft, er von den übrigen nicht zu leisten ist". Diese Beschränkung kann bei der Eidesleistung durch die firmierenden Gesellschafter um deswillen nicht Platz greifen, weil der als gesetzlicher Stellvertreter vom Eide ausgeschlossene Genosse immer noch gemäss § 434 als Partei den Eid zu leisten hat.

3. Die Unzulässigkeit der Eideszu- oder Zurückschiebung an einzelne Streitgenossen, auf welche § 434 hinweist, kann im konkreten Falle noch durch die Bestimmungen der §§ 410 und 413 begründet sein.

Bei Anwendung des Paragraphen 410, bezw. 413 Abs. 1 ist jedoch zu berücksichtigen, dass sämtliche Genossen in jedem firmierenden Gesellschafter ihren Vertreter haben und deshalb allen eidespflichtigen Gesellschaftern der Eid zu- oder zurückzuschieben ist, sobald die zu beschwörende Thatsache eine von einem vertretungsbefugten Gesellschafter als solchem

---

[1]) Plank l. c., Bd. II, S. 328, 3 a.

vorgenommene Handlung oder gemachte Wahrnehmung betrifft[1]).

Durch die Vorschrift des zweiten Absatzes des § 413, wonach die Relation des Eides dann verboten ist, wenn der Relat nur einen Überzeugungseid zu leisten hätte, der Delat dagegen einen Wahrheitseid schwören muss, soll in Verfolgung des Gedankens, dass der Eid trotz seiner formellen Natur als Beweismittel der Ermittelung der materiellen Wahrheit zu dienen bestimmt ist, vermieden werden, dass die Parteien beliebig an die Stelle des stärkeren juramentum veritatis das blosse juramentum credulitatis zu setzen vermögen. Der Zweck dieser Bestimmung entfällt also bereits dann, wenn von mehreren Schwurpflichtigen wenigstens einer bei Relation des Eides einen Wahrheitseid zu leisten hat. Handelt es sich daher um eine eigene Handlung oder Wahrnehmung auch nur eines firmierenden Gesellschafters, so ist Absatz 2 des § 413 nicht anwendbar und muss in diesem Falle der zurückgeschobene Eid von sämtlichen socii gerentes — teils als Wahrheits- teils als Überzeugungseid — geleistet werden.

§ 7.

Die Geltendmachung individueller Rechte.

Den einzelnen Gesellschaftern können für ihre Person in Bezug auf die gesellschaftlichen Verbindlichkeiten gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger Sonderrechte zustehen. Es ist möglich, dass der einzelne Genosse, wie bereits hervorgehoben wurde, mit dem Gesellschaftsgläubiger einen Erlass- oder Stundungsvertrag und andere seine persönliche Haftung modifizierende Vorträge abgeschlossen hat oder dass er auf Grund seiner sonstigen Rechtsbeziehungen zu dem gemeinschaftlichen Gläubiger dilatorische oder perementorische Einreden, so insbesondere die exceptio compensationis, diesem gegenüber geltend zu machen in der Lage ist.

[1]) Seuffert, Kommentar, Note 2 in fine zu § 434, R.G. Bd. XII, S. 13; vgl. auch R.O.H.G. Bd. VI, S. 109 ff., X, 334 ff.

Wird eine Gesellschaftsschuld im Wege der Klage gegen einen oder sämtliche Gesellschafter als Einzelpersonen verfolgt, so steht nur deren Sonderinteresse in Frage; die Genossen führen in diesem Falle den Prozess im eigenen Namen und können sich zur Wahrnehmung ihres Rechtes aller derjenigen Verteidigungsmittel bedienen, welche ihnen individuell zu Gebote stehen. Wird dagegen die Klage gegen die Gesellschaft selbst, also regelmässig unter Nennung der Firma [1]), gestellt, so ist das Gesamtinteresse angegriffen. Die socii sind nun in Bezug auf ihre gesellschaftlichen Beziehungen belangt; sie lassen sich unter der Firma in den Prozess ein und unter der Firma ergeht das Urteil für und gegen sie. Es kann nicht mehr der Einzelne als solcher sich verteidigen, sondern nur diejenigen können handeln, welchen kraft Gesellschaftsrechtes die Vertretung der Gesamtheit obliegt, das sind die firmierenden Gesellschafter. Diese stehen dem Prozessgegner als Repräsentanten der Gesellschafter in ihrem Gemeinschaftsverhältnisse gegenüber und können daher nur im Namen der Gesellschaft und mit unmittelbarer Wirkung für sämtliche Genossen handeln. Sonderrechte des einzelnen socius aber können nicht im gemeinschaftlichen Namen geltend gemacht werden, sondern nur im Namen dessen, für den sie behauptet werden.

Stehen also dem einzelnen Gesellschafter gegenüber dem Kläger in Bezug auf die gesellschaftliche Verpflichtung Sonderrechte zu, so können dieselben von dem firmierenden Gesellschafter als solchem nicht vorgebracht werden. Da aber im Firmenprozesse lediglich der socius gerens zu handeln berechtigt ist, so folgt, dass die Geltendmachung individueller Rechte der Gesellschafter in dem gegen die Gesellschaft geführten Prozesse überhaupt ausgeschlossen ist [2]).

---

[1]) s. Renaud l. c., S. 385, Note 47.

[2]) Ebenso: Wach, Handbuch des deutsch. Civilprozessr., S. 528, Behrend l. c., S. 527, Note 13, Renaud l. c., S. 385, v. Hahn in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXIII, S. 637 f., RG. Bd. XIII, S. 96 f., Urteil des Reichsgerichtes vom 26. April 1890, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1890, S. 192; dagegen Roemer l. c., S. 162.

§ 8.

Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteils.

Im Vorhergehenden wurde die Stellung der Gesellschafter während des Prozesses der offenen Handelsgesellschaft betrachtet. Es ist nunmehr zu untersuchen, in welcher Lage sich der einzelne Gesellschafter nach Beendigung des Gesellschaftsprozesses befindet.

Jeder Prosess schliesst regelmässig mit einem Endurteile ab. An das — nicht mehr appellable — Endurteil[1]) knüpfen sich zwei wichtige Folgen: Rechtskraft im materiellen Sinn und Vollstreckbarkeit.

Die zu beantwortende Frage lautet daher: Inwieweit wird der einzelne Gesellschafter von der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des im Prozesse der Gesellschaft ergangenen Urteils betroffen?

Hat die Gesellschaft unter ihrer Firma einen Anspruch klageweise geltend gemacht, so tritt die Einzelpersönlichkeit der Genossen nach aussen gar nicht hervor. Die Gesamtheit klagte, der Gesamtheit wird das Recht zu- oder abgesprochen. Da jedes Urteil Rechtskraft unter den Parteien schafft, wird das ergangene Urteil rechtskräftig gegenüber der Gesellschaft, d. i. den Genossen in ihrer gesellschaftlichen Zusammenfassung. Verlor die Gesellschaft den Prozess, so kommt der Prozessgegner nie in die Lage, die exceptio rei judicatae dem einzelnen Genossen gegenüber geltend machen zu müssen. Denn dieser kann nicht für sich, sondern nur im Namen der Gesellschaft, also für alle Mitglieder, ein der Gesellschaft zustehendes, bezw. für dieselbe behauptetes Recht beanspruchen. Hat die Gesellschaft gesiegt, so ist der Anspruch auf Vollstreckung den sämtlichen Gesellschaftern mit Bezug auf ihre gesellschaftliche Vereinigung erworben und kann nur durch den firmierenden Gesellschafter in gemeinschaftlichem Namen realisiert werden.

Für Verpflichtungen der Gesellschaft haftet nicht nur das Gesellschaftsvermögen, sondern auch jeder Gesellschafter

[1]) Dem Endurteile steht nach § 702, Ziff. 1 hinsichtlich der Zwangsvollstreckung der Prozessvergleich völlig gleich.

mit seinem Privatvermögen. Während es keiner Erörterung bedarf, dass das hinsichtlich einer Verbindlichkeit der Gesellschaft erlassene Endurteil die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit mit Bezug auf das Gesellschaftsvermögen bindet und in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar ist, fragt es sich, ob von dem Ausgange des Rechtsstreites auch die Haftverbindlichkeit der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen direkt berührt wird.

I.

1. Das Wesen der Rechtskraft im materiellen Sinne besteht darin, dass „der Inhalt des Urteils unter den Parteien Recht ist“ [1]).

Ist eine Verbindlichkeit der Gesellschaft eingeklagt, so kann — wir sehen ab von der Feststellungsklage — der Inhalt des Urteils nur dahin gehen, dass die Gesellschaft schuldig oder nicht schuldig ist, dieselbe zu erfüllen. Diese Feststellung wird „Recht“ unter den Parteien. Partei im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft sind die Gesellschafter als Litiskonsorten und demnach werden die sämtlichen Genossen von den Wirkungen des formell rechtskräftigen Urteils erfasst.

Indem das Gericht, um ein ganz einfaches Beispiel zu wählen, deklariert: „die offene Handelsgesellschaft A und B ist schuldig, an C die Summe von 1000 Mk. zu zahlen“ wird ausgesprochen, dass alle Gesellschafter zur Zahlung von 1000 Mk. verpflichtet sind. Dabei ist in dieser Entscheidung keineswegs bestimmt, welche Vermögenswerte der Schuldner zur Tilgung der Forderung in Anspruch genommen werden sollen oder dürfen; der Gläubiger kann vielmehr nach freiem Belieben jedes dem Schuldner gehörige Vermögensstück zu seiner Befriedigung heranziehen. Allgemein gesprochen: die Rechtskraft eines Urteils ist nicht gegen einzeln abgegrenzte Vermögensfonds, sondern gegen die Person gerichtet und wirkt daher auf das Gesamtvermögen des Schuldners.

[1]) s. Dernburg l. c., Bd. I, § 161, Renaud, Lehrb. des gem. deutsch. Civilprozessrechtes, S. 460, Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Aufl., S. 573.

Eine Ausnahme hievon kann auf Grund materiellrechtlicher Bestimmungen eintreten, wie z. B. das römische Recht eine solche bei der actio de peculio statuierte[1]). Das Handelsgesetzbuch hat jedoch gerade im Gegenteil ausdrücklich vorgeschrieben, dass „die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften. Das „ganze" Vermögen der Genossen besteht aus ihrem Rechte am Gesellschaftsvermögen — mag dasselbe in bestimmten Teilen ausdrückbar sein oder nicht — und dem Privatvermögen[2]). Die Genossen haften also und zwar als Correalschuldner[3]) nach materiellem Rechte sowohl mit dem Gesellschaftsvermögen als mit ihrem Privatvermögen. Das die Gesellschaft verurteilende Erkenntnis muss demnach diese beiden Vermögensfonds erfassen, die absolvierende Entscheidung das ganze Vermögen von der durch den Prozessgegner behaupteten Verpflichtung befreien.

Die Wirkung des im Prozesse gegen die offene Handelsgesellschaft ergangenen Urteils könnte nur dann eine andere sein, wenn a) die Gesellschafter aliae personae wären, je nachdem sie mit ihrem Privatvermögen oder mit dem Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Gesellschaftsverbindlichkeiten herangezogen werden, und wenn b) der Anspruch gegen den einzelnen Gesellschafter mit dem gegen die Gesellschaft geltend gemachten nicht identisch wäre[4]).

ad. a. Das Erfordernis der eadem persona ist regelmässig dann gegeben, wenn dieselbe physische oder juristische Person Prozesspartei ist. Selbst wenn man soweit geht, das nämliche Rechtssubjekt bei Verschiedenheit der rechtlichen Beziehungen desselben als unter sich verschiedene Person zu behandeln[5]), so

[1]) Auch Art. 119 des Handelgesetzbuches enthält eine derartige Beschränkuug.

[2]) Vgl. Roemer l. c., S. 173.

[3]) s. Roemer l. c, S. 156 ff. und dort citierte; Staub, Kommentar, § 1 zu Art. 112, R.G. Bd. III, S. 58.

[4]) Exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur l. 3 Dig. de exceptione rei judicatae 44, 2.

[5]) Vgl. Staub, Kommentar, § 5 zu Art. 111, § 8 zu Art. 112 R.G. Bd. V, S. 71.

kann dieses doch nicht dazu führen, eine Mehrheit von Personen schon dann in demselben Rechtssubjekte zu konstruieren, wenn dasselbe mit verschiedenen Vermögensfonds für eine Verpflichtung haftet. (Denn zu welchen Konsequenzen würde dies führen?). Es kann daraus, dass bei den Handelsgesellschaftern das Privatvermögen und das Gesellschaftsvermögen zwei gesonderte Vermögensmassen bilden und die Gesellschafter als Subjekte derselben mit beiden für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften, nicht gefolgert werden, dass sich in denselben rechtlich zwei Personen vereinigen. Man könnte höchstens dazu kommen, die rechtlichen Beziehungen des Einzelnen als Privatmann und die als Gesellschafter streng zu scheiden und insoweit in ihm formell zwei Personen zu erblicken. Der socius haftet jedoch für die Verpflichtungen der Gesellschaft nicht etwa mit dem Gesellschaftsvermögen als Gesellschafter, mit dem Privatvermögen als Privatmann. Die Haftung mit beiden Vermögensfonds beruht vielmehr in gleicher Weise auf seiner Eigenschaft als Gesellschafter. Sonach ist auch bei dieser rechtlichen Auffassung das Requisit der eadem persona vorhanden.

ad b. Die Bestandteile der eadem res sind: idem corpus, eadem quantitas, idem jus und eadem causa petendi oder wie Goeschen[1]) sich ausdrückt: Identität des Gegenstandes des Anspruchs, der rechtlichen Natur desselben und des Erwerbs- und Klagegrundes. Alle diese Voraussetzungen treffen zu. Die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen tritt unmittelbar mit der Existenz der Verbindlichkeit der Gesellschaft in ihrem ganzen Umfange ein und hält sich streng in den Grenzen der gesellschaftlichen Schuld. Sie entsteht, verändert sich, geht unter mit Entstehung, Veränderung und Untergang der Verpflichtung der „Gesellschaft". Demnach ist notwendigerweise, wenn der einzelne Gesellschafter nachträglich wegen des im Prozesse gegen die Gesellschaft erhobenen Anspruchs belangt wird, der Gegenstand des An-

---

[1]) Goeschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. I, S. 514, citiert bei Freudenstein, die Rechtskraft S. 34, Note 3.

spruchs und die rechtliche Natur desselben, Erwerbs- und Klagegrund völlig identisch und somit eadem res gegeben[1]).

Es sind also auch die beiden Voraussetzungen der Rechtskraft gegenüber dem einzelnen Gesellschafter erfüllt. Wird daher der Genosse, nachdem die Gesellschaft ein obsiegendes Urteil erstritten hat, wegen der im Streite gewesenen Forderung belangt, so steht ihm die exceptio rei judicatae zu, wie umgekehrt der siegreiche Kläger, wenn er wegen der nämlichen Gesellschaftsschuld noch einmal in einem besonderen Prozesse gegen einen einzelnen Gesellschafter klagt[2]), dem bestreitenden Beklagten die replicatio rei judicatae[3]) entgegensetzen kann[4]).

2. Im vorigen Paragraphen wurde erörtert, dass der einzelne Gesellschafter im Prozesse gegen die offene Handelsgesellschaft alle diejenigen Einwendungen, welche ihm nur individuell gegen den Kläger zustehen, nicht vorbringen kann. Die notwendige Folge hievon ist, dass ihm bezüglich solcher persönlichen Einreden durch das Urteil gegen die Gesellschaft nicht präjudiziert werden kann. Unter dieser Begrenzung muss mit v. Hahn gesagt werden, dass das kondemnatorische Urteil „dem einzelnen Gesellschafter gegenüber nur beschränkt rechtskräftig ist". v. Hahn knüpft an den Ausschluss der individuellen Einreden die weitere richtige Folgerung, dass dem einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit gewahrt werden

[1]) Gegen die irrige Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts im Urteile vom 26. Juni 1876 — Entscheid., Bd. XX, S. 180 ff. — s. Roemer l. c., S. 175, Note 25.

[2]) Dieses steht ihm frei, wenn er auch Befriedigung aus dem Privatvermögen der Gesellschafter ohne besondere neue Klage erlangen kann; vgl. die folgenden Ausführungen.

[3]) Vgl. Gaupp, Kommentar, S. 599 f.

[4]) So im Resultate: Wach l. c., S. 529, Roemer l. c., S. 167 ff., Behrend l. c., S. 526, Gareis, das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., S. 162, Kraewel bei Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechtes, Bd. IV, S. 26 f., Habicht bei Busch, Arch. für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechtes, Bd. XXXXVI, S. 355 ff., vgl. auch Nürnberger Protokolle, S. 218; R.G. Bd. III, S. 57, V, 6 u. 70 f.; gegen das Reichsoberhandelsgericht s. die treffenden Ausführungen von Roemer l. c. S. 168, Note 22.

muss, seine Einreden noch geltend zu machen, und sieht den einzigen Weg hiefür in einem neuen Prozesse des siegreichen Gläubigers gegen den einzelnen Gesellschafter [1]). Nach heutigem Prozessrechte ist eine solche neue Klage, welche die Eigentümlichkeit hätte, dass der Gläubiger zur Wahrung der Rechte seines Schuldners eine Klage anstellen müsste, nicht nötig, sondern es ist den Gesellschaftern möglich, noch in der Vollstreckungsinstanz selbständig ihre persönlichen Rechte wahrzunehmen [2]).

II.

Nach den Bestimmungen des achten Buches der Civilprozessordnung ist — abgesehen von den Vorschriften der §§ 715 und 749 — das Gesamtvermögen des Schuldners der Zwangsvollstreckung unterworfen, soweit nicht materielle Rechtssätze entgegenstehen. Da das gegen die Firma ergangene Urteil die Gesellschafter sowohl in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen als auf ihr Privatvermögen ergreift, stehen demnach alle diese Vermögensfonds dem exekutorischen Zugriff des siegreichen Gläubigers offen.

Gemäss § 644 findet die Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen und den bezüglich der Exekution gleichgestellten für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteilen statt.

Die Civilprozessordnung hat jedoch ausser dem materiellen Erfordernisse eines Zwangsvollstreckungstitels noch ein weiteres durch die Bestimmung des § 671 statuiert, nach welchem „die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteile oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind".

Es ist dieses eine rein formelle Vorschrift, die aus der Erwägung hervorgegangen ist, dass dem Gerichtsvollzieher als einem dem Prozesse selbst ganz fernstehenden und dazu juristisch nicht vorgebildeten Vollstreckungsorgane eine möglichst klare Urkunde in die Hand gegeben werden soll [3]).

---

1) v. Hahn in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXIII, S. 638 ff.

2) s. unten sub III.

3) Motive S. 404 in fine.

Da also irgendwelche rechtliche Gesichtspunkte nicht im Spiele sind, kommt es nur darauf an, die formelle Vorschrift zu erfüllen. Allerdings kann es nicht bereits genügen, wie Gareis meint[1]), dass die Namen der Gesellschafter in der Firma enthalten sind. Denn die Firma ist nur der kaufmännische Name, welcher nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches keineswegs mit dem Familiennamen des, bezw. der Geschäftsinhaber übereinstimmen muss[2]). Es würde daher, wenn ein oder mehrere Geschlechtsnamen in der Gesellschaftsfirma enthalten sind, jedenfalls einer näheren Prüfung bedürfen, ob diese Namen wirklich diejenigen der Mitglieder der Gesellschafter sind. Ein solches Prüfungsrecht ist aber dem Gerichtsvollzieher durch die Civilprozessordnung nicht eingeräumt. Der Gesellschaftsgläubiger muss vielmehr, um der Vorschrift des § 671 zu genügen, im Klagerubrum einen Beisatz machen, in welchem er die Inhaber der Firma namentlich bezeichnet, und dieser Beisatz ist in das Urteil aufzunehmen. Tritt während des Prozesses eine Änderung unter den Geschäftsteilhabern ein, so kann dieses der Kläger jederzeit geltend machen. Bestreitet der Gegner, dass einer oder mehrere der genannten Personen Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft sind, so entsteht dadurch ein — eventuell durch Zwischenurteil zu erledigender — Zwischenstreit[3]). Eine weitere Frage ist, ob die namentliche Bezeichnung der Mitglieder der Gesellschaft noch in der Exekutionsinstanz nachgeholt werden kann. In § 665 ist eine Umstellung der Vollstreckungsklausel auf einen anderen als den im Urteile bezeichneten Schuldner nur für den Fall vorgesehen, dass es sich um den allgemeinen Rechtsnachfolger desselben oder den Singularsuccesor bezüglich der res litigiosa handelt. Der Zweck der in den §§ 665—667 gegebenen Bestimmungen ist, einen Ausweg da zu geben, wo die materiellen Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit vorhanden sind und nur die formelle Bedingung des § 671 zu erfüllen ist. Ebenso

1) Gareis l. c., S. 163.
2) Art. 22, 24.
3) s. Renaud, Recht der Commanditg., S. 384, Note 46.

liegt aber das Verhältnis zwischen dem Gesellschaftsgläubiger und dem einzelnen Gesellschafter. Jener hat in dem Urteile gegen die Firma einen Vollstreckungstitel gegen den einzelnen Genossen und es handelt sich für ihn nur darum, einem rein formellen Erfordernisse, der Namensnennung des Exequendus in der Vollstreckungsklausel, zu genügen[1]). Es muss deshalb, wenn auch anerkannt wird, dass der Wortlaut des § 665 entgegen ist, mit Wach[2]) die analoge Anwendung der §§ 665 bis 667 verlangt werden.

Wenn der betreffende Gesellschafter im Handelsregister eingetragen ist, lässt sich dessen Mitgliedschaft leicht durch öffentliche Urkunde nachweisen, anderen Falles ist der Weg des § 667 zu beschreiten.

Ist in dieser Weise auch die erforderliche formelle Voraussetzung gegeben, so steht der Zwangsvollstreckung des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nichts mehr entgegen[3]).

Auch hier sind wiederum die Meinungen in Theorie und Praxis sehr geteilt.

Die Gegner[4]) begründen — abgesehen von dem Einwande, dass die formelle Voraussetzung des § 671 mangele — ihren abweichenden Standpunkt vor allem in zweierlei Weise.

Die eine Gruppe verneint die Vollstreckbarkeit des im Firmenprozesse gefällten Urteils in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter unter der Motivierung, dass die Klage

[1]) Der Einwand, dass der Erteilung der Vollstreckungsklausel materiell die Möglichkeit der Geltendmachung von persönlichen Einreden trotz Rechtskraft des Urteils entgegenstehe, erledigt sich durch das unten S. 43 f. Ausgeführte; vgl. Seuffert, Kommentar, Note 3 zu § 665, Gaupp, Kommentar, S. 340 in fine.

[2]) Wach, l. c., S. 529.

[3]) So: Wach l. c., S. 529, Roemer l. c., S. 168. Gareis l. c., S. 162, Siebenhaar, Kommentar zur Civilprozessordnung, S. 629, Plenarbeschluss des k. Kammergerichtes zu Berlin vom 12. Oktober 1876 s. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXIII, S. 266.

[4]) Selbstverständlich und hier nicht weiter zu behandeln ist, dass diejenigen, welche in der offenen Handelsgesellschaft ein eigenes Rechtssubjekt erblicken, der im Texte festgehaltenen Ansicht entgegen sind.

nicht gegen das Privatvermögen gerichtet sei. Hierher gehören: Staub, Kraewel, Sommer, Habicht[1]).

Massgebend für den Inhalt der Klage ist der Wille des Klägers. Es ist ohne weitere Begründung einleuchtend, dass nicht präsumiert werden kann, der Gläubiger, dem ein Prozess die Möglichkeit gewährt, aus verschiedenen Vermögensfonds Befriedigung zu erhalten, verzichte sua sponte auf das ausgedehntere Exekutionsrecht und mache von vornherein unter wesentlicher Verschlechterung seiner Rechtslage nur gegenüber dem einen gemeinschaftlichen Vermögen seinen Anspruch geltend. Eine derartige Annahme würde dem praktischen Leben direkt zuwider lauten.

Die genannten Autoren können zur Annahme einer solchen einschränkenden Willensrichtung des gegen die Firma klagenden Gesellschaftsgläubigers nur gelangen, indem sie deduzieren: Würde der Gläubiger Vollstreckung auch in das Privatvermögen der Gesellschafter wollen, so müsste er eine besondere Klage gegen die einzelnen Gesellschafter mit der Klage gegen die Gesellschaft kumulieren. Indem er aber nur gegen die Firma klagt, manifestiert sich der Wille, auch nur aus dem Gesellschaftsvermögen Befriedigung zu suchen. Darin liegt eine petitio principii. Der Einwand muss also als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die zweite Gruppe schliesst die Unzulässigkeit der Vollstreckung des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils in das Privatvermögen der Genossen daraus, dass die einzelnen Gesellschafter im Firmenprozesse ihre persönlichen Einreden nicht vorbringen können. So: Behrend, v. Hahn, Seuffert, Gaupp[2]).

---

1) Staub, Kommentar, § 7 zu Art. 111, Kraewel l. c. S. 26 f., Sommer l. c., S. 374 ff., Habicht l. c., S. 357 ff.

2) Behrend l. c., S. 527, Note 12, v. Hahn l. c., S. 639 f., Seuffert, Kommentar, Note 3 zu § 665, Gaupp, Kommentar, Bd. II., S. 340 in fine. Behrend beruft sich noch auf die Motive zum „Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten". Dort ist — S. 64 — die Exekution in das Privatvermögen unter der Erklärung verworfen, dass durch das Urteil gegen die Gesellschaft immer nur festgestellt sei, dass eine Verbindlichkeit der „Gesellschaft" bestehe. Diese

Diese Folgerung ist jedoch prozessual nicht gerechtfertigt. Das Endurteil bildet eine einheitliche Enuntiation des Gerichtes, ein für sich abgeschlossenes Ganzes. Ist auf Grund desselben an sich, d. h. abgesehen von dem hier vorwürfigen Einwande, die Zwangsvollstreckung gegen das Privatvermögen der Gesellschafter möglich, so kann diese Wirkung nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass die Entscheidung unter — allerdings notwendiger — Nichtberücksichtigung gewisser Einreden gefällt wurde. Das zeigt die Civilprozessordnung deutlich. Im Urkunden- und Wechselprozesse, im Falle des § 502 ist das unter Vorbehalt ergangene Urteil trotz des Vorhandenseins von Einreden vollstreckbar. Werden in der Revisionsinstanz noch Einreden, welche nach der letzten mündlichen Verhandlung des zweiten Rechtszuges entstanden sind, nachgebracht, so können dieselben vom Gerichte nicht berücksichtigt werden. Das ergehende Urteil wird trotzdem rechtskräftig und ist ohne weiteres vollstreckbar. Nur das eine ist in allen diesen Fällen vorgesehen, dass die ausgeschlossenen Einreden noch geltend gemacht werden können, sei es in der Vollstreckungsinstanz, sei es in einem weiteren Hauptverfahren.

Da nun der einzelne Gesellschafter im stande ist, seine persönlichen Einreden noch nachträglich geltend zu machen[1]), so kann auch hier die Nichtberücksichtigung derselben nicht die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung herbeiführen.

Was die Praxis betrifft, so verwirft das Reichsoberhandelsgericht in mehrfachen Entscheidungen die Vollstreckbarkeit des Firmenurteils in das Privatvermögen der Teilhaber und geht hiebei von der bereits zurückgewiesenen Ansicht aus,

Ansicht war gerechtfertigt durch die Bestimmung des Art. 87 des Entwurfes (angeführt oben S. 11). Nachdem aber der Art. 87 in wesentlich modifizierter Gestalt in das Handelsgesetzbuch aufgenommen worden ist und nach den nunmehrigen Vorschriften durch das Urteil gegen die Gesellschaft nicht mehr eine Verbindlichkeit der Gesellschaft als eines selbständigen Ganzen, sondern eine solche der diese Vereinigung bildenden Gesellschafter festgestellt ist, sind die Motive auch nicht mehr beweisdienlich.

[1]) s. unten sub III.

dass das Endurteil gegen die offene Handelsgesellschaft gegenüber dem Privatvermögen der Genossen nicht rechtskräftig werde[1]); das Reichsgericht hat in einem Urteile vom 19. November 1884[2]) und insbesondere in einem Erkenntnisse vom 26. April 1890[3]) ebenfalls die sofortige Vollstreckbarkeit des gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils in das Privatvermögen der socii negiert und sich in seinen Gründen der zweiten Gruppe der Gegner angeschlossen, indem es seine Ansicht darauf stützt, dass der einzelne Genosse im Gesellschaftsprozesse seine individuellen Einreden nicht geltend machen kann.

III.

Betreibt der Gesellschaftsgläubiger auf Grund eines gegen die Gesellschaft erstrittenen Urteils thatsächlich die Exekution in das Privatvermögen eines Gesellschafters, so kann dieser nunmehr seine individuellen Rechte im Wege des § 686 der Civilprozessordnung verfolgen. Dieser Paragraph besagt in seinem ersten Absatze: „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgerichte erster Instanz geltend zu machen.“ Durch Absatz 2 desselben Paragraphen wird dieser allgemeine Satz in der Weise eingeschränkt, dass der Schuldner mit allen denjenigen Einwendungen präkludiert sein soll, welche er vor dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, „in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen der Civilprozessordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen“, hätte vorbringen können und nicht vorgebracht hat. Für die Gesellschafter besteht während des gegen die Gesellschaft geführten Prozesses nicht nur kein Zwang zu rechtzeitigem Vorbringen ihrer persönlichen Einreden, sondern es ist ihnen im Gegenteile überhaupt die Möglichkeit entzogen, dieselben im Laufe des Prozesses geltend zu machen. Die Voraus-

[1]) R.O.H.G., Bd. VI, S. 416 ff., IX, 16, XX, 180 ff., XXI, 129 ff.; im Anschlusse hieran Thoel l. c., S. 329, Note 23.

[2]) R.G., Bd. XIII, S. 96 f.

[3]) s. Jur. Wochenschr. 1890, S. 192.

setzungen des Abs. 2 liegen also nicht vor und es ist nur noch die im ersten Absatze des § 686 gegebene Gesetzesbestimmung massgebend. Nach dieser hat der einzelne Gesellschafter seine persönlichen Einwendungen bei dem Prozessgerichte 1. Instanz im Wege der Klage nachzuholen, während ihm die Vorschrift des § 688 Schutz gegen weitere Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen gewährt[1]).

Die Einwendungen, die auf Grund des § 686 durch Klage geltend gemacht werden müssen, können, sofern der Gläubiger den Weg des § 667 beschreitet, auch in diesem Verfahren vom Schuldner und zwar einredeweise vorgebracht werden[2]). Wenn daher der Gesellschaftsgläubiger die Umstellung der Vollstreckungsklausel auf den einzelnen Gesellschafter durch Klage zu erwirken sucht, so braucht der socius zur Wahrung seiner persönlichen Rechte nicht eine besondere Klage erheben, sondern kann die Vollstreckung in sein Sondervermögen im Wege der Einrede bekämpfen.

§ 9.

Nebenintervention und Zeugschaft.

Die Verschiedenheit der zwei Anschauungen über die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft wird im Gesellschaftsprozesse noch von besonders praktischer Bedeutung bezüglich zweier prozessualer Figuren: des Nebenintervenienten und des Zeugen, welche beide trotz ihrer sonstigen Divergenz das gemeinsam haben, dass sie nach der Civilprozessordnung „dritte“ Personen im Verhältnis zu den Parteien sein müssen.

I. Nebenintervention.

Ist die offene Handelsgesellschaft Rechtssubjekt und demnach im Firmenprozesse Partei, so ist der einzelne Genosse eine von ihr völlig verschiedene, dritte Person. Bei einer Klage gegen die Gesellschaft kann in diesem Falle der Gläu-

---

[1]) Vgl. Wach l. c., S. 530, Wilmowski-Levy, Kommentar, Note 7 zu § 686.

[2]) Kommentare von Wilmowski-Levy, Gaupp, Seuffert, zu § 667.

biger zwar Befriedigung lediglich aus dem Gesellschaftsvermögen suchen, die Gesellschafter müssen aber die rechtskräftige Feststellung der Gesellschaftsschuld infolge der Vorschrift des Art. 112 persönlich gegen sich gelten lassen[1]). Für den einzelnen Gesellschafter liegen daher die beiden Erfordernisse des § 63 C. P. O., rechtliches Interesse an dem Siege einer Partei und Verschiedenheit von den Prozessparteien vor, weshalb er sich der Gesellschaft als Nebenintervenient anschliessen kann[2]).

Das entgegengesetzte Resultat ist die Folge der wesentlich anderen Stellung, welche die einzelnen Gesellschafter nach unserer Auffassung im Prozesse der Gesellschaft einnehmen. Denn nicht die Gesellschaft selbst, sondern die Mitglieder derselben befinden sich darnach in der Parteirolle.

Tritt die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma als Klägerin auf, so sind es effektiv die Gesellschafter, welche ein Recht geltend machen. Sie werden durch den socius gerens vertreten und ihr rechtliches Interesse am Ausgange des Prozesses ist nichts anderes als das Parteiinteresse selbst.

Wird die Gesellschaft verklagt, so kommt für die Genossen die Haftung mit dem gemeinschaftlichen und dem Privatvermögen in Frage. Es wird nun eingewendet, dass der einzelne Gesellschafter bezüglich seiner Haftung mit dem Privatvermögen im Gesellschaftsprozesse weder belangt noch vertreten sei[3]). Bereits im vorigen Paragraphen wurde dargelegt, dass der im Firmenprozesse gegen die Gesellschafter erhobene Anspruch nicht auf einen bestimmten Vermögensfonds beschränkt, sondern gegen das gesamte Vermögen der Genossen gerichtet sei. Unrichtig ist auch, dass der einzelne Gesellschafter in Bezug auf sein Sondervermögen nicht vertreten sei. Denn da das Privatvermögen der Genossen

[1]) So auch Eccius l. c., S. 14 f.; das den Kläger abweisende Urteil hat Rechtskraftwirkung gegenüber dem einzelnen Gesellschafter auf Grund der bei Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft zwischen dieser und den Gesellschaftern bestehenden Korrealität.

[2]) Eccius l. c., S. 17, Gaupp, Kommentar, S. 155, Note 14.

[3]) So R.G. Bd. V, S 69 ff.

für jede Gesellschaftsverbindlichkeit haftet, wirkt jede eine Gesellschaftsschuld betreffende Handlung des firmierenden Gesellschafters innerhalb wie ausserhalb des Prozesses unmittelbar korrespondierend auf das Privatvermögen der Mitglieder. Der socius gerens handelt also kraft Gesetzes mit direkter Rechtswirkung auch für das Privatvermögen der socii. Dies gilt allerdings nur insoweit, als der einzelne Genosse nicht gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger Sonderrechte hat. Bezüglich solcher wird er zwar durch den firmierenden Gesellschafter nicht vertreten, dieselben werden aber auch durch den Gesellschaftsprozess in keiner Weise berührt.

Soweit also die Gesellschafter ein rechtliches Interesse am Ausgange des Prozesses haben, sind sie selbst Prozesssubjekte und vertreten. Es mangelt daher hier wie im Aktivprozesse das Requisit eines „zwischen anderen Personen anhängigen Prozesses". Somit ist eine Nebenintervention des einzelnen Genossen im Prozesse der Gesellschaft unzulässig[1]).

II. Zeugschaft.

Auf der Grundlage des römischen Rechtes[2]) wird der Zeuge übereinstimmend[3]) als „eine von den Parteien verschiedene dritte Person, welche über in der Vergangenheit liegende Wahrnehmungen auszusagen hat" definiert.

Die Civilprozessordnung selbst enthält keine Bestimmungen über den Zeugenbegriff, erkennt aber durch ihre Regelung des Parteieides indirekt die allgemeine Lehre als auch für sie geltend an[4]).

[1]) Übereinstimmend: Wach l. c., S. 530, Wilmowski-Levy, Kommentar, S. 118, Seuffert, Kommentar, Note 3, II zu § 63; a. M. R.G. Bd. V, S. 69 ff (auf die inneren Widersprüche dieses Urteils hat Wach l. c., S. 530, Note 28 hingewiesen), Habicht l. c., S. 352, Staub, Kommentar, S. 165, Behrend l. c., S. 527, Note 15.

[2]) Omnibus in re propria dicendi testimonia facultatem jura submoverunt l. 10 C. de testibus 4, 20; vgl. l. 10 D. testibus 22, 5.

[3]) Seuffert, Kommentar, Vorb. zu § 338, Gaupp, Kommentar, Vorb. zu § 338, Wilmowski-Levy, Note I zu § 338, Wetzell l. c., § 23, Renaud, Civilprozess § 110, Plank l. c., Bd. II, S. 193.

[4]) Vgl. Motive S. 274 f.

Da im Gesellschaftsprozesse die Gesellschafter Parteien sind, so folgt daher unmittelbar aus der begrifflich notwendigen Verschiedenheit von Partei und Zeugen, dass die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft im Prozesse der Gesellschaft von der Zeugnisleistung ausgeschlossen sind[1]).

§ 10.

Veränderungen unter den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft.

Die Existenz der offenen Handelsgesellschaft hängt wie die der gemeinrechtlichen societas enge mit der Individualität ihrer Mitglieder zusammen. Die allgemeine Folge des Wechsels der Gesellschafter ist auch hier die Auflösung der Gesellschaft. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch hat jedoch unter teilweiser Abweichung von den Sätzen des gemeinen Rechtes im Interesse einer grösseren Kontinuität der Handelsgesellschaft den Fortbestand derselben trotz Veränderung unter den Gesellschaftern in drei Fällen ermöglicht und zwar

1. Bei Eintritt eines neuen Gesellschafters,
2. Bei dem Tode eines Gesellschafters unter Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen,
3. Bei Austritt, bezw. Ausschliessung eines Gesellschafters gemäss Art. 127, 128, 132.

I. Eintritt eines neuen Gesellschafters.

Die Zulässigkeit des Fortbestandes der offenen Handelsgesellschaft trotz Neueintrittes eines Gesellschafters ist in den Art. 87 und 113 ausgesprochen. Dieser letztere Artikel bestimmt bezüglich der Wirkungen des Eintrittes nach aussen: „Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, haftet gleich den anderen Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Änderung erleiden oder nicht.“ Der neue Gesellschafter wird also den Gesellschaftsgläubigern

[1]) Wach l. c., S. 530, Seuffert, Kommentar l. c., Staub, Kommentar, S. 165, R.G. Bd. XVII, S. 365 ff.

gegenüber so behandelt, als wenn er bei Gründung der Gesellschaft bereits Mitglied derselben gewesen wäre, oder mit anderen Worten: Das Gesetz fingiert, dass die ursprüngliche Gesellschaft aus den bisherigern Gesellschaftern und dem neuen Genossen bestanden hat[1]). Der neue socius nimmt daher nach aussen ohne Rücksicht auf die Zeit seines Eintrittes schlechthin die Stellung eines seit Bestehen der Gesellschaft dieser angehörigen Gesellschafters ein. Dies gilt aber notwendigerweise nicht nur für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern in gleichem Masse für die Rechte derselben. Denn nach aussen ist die „Gesellschaft" die Berechtigte und diese ist eben im Sinne des Handelsgesetzbuches nichts anderes als die Zusammenfassung aller Gesellschafter. Das Gesetz hat auch, was bei abweichendem Willen hätte geschehen müssen, nach dieser Seite keinerlei einschränkende Bestimmungen getroffen. Der neu eintretende Genosse wird also Subjekt des Gesellschaftsvermögens wie die anderen socii: er kann, sofern ihm nicht durch Gesellschaftsvertrag die Vertretungsbefugnis entzogen ist, über das Gesamtvermögen gleich jedem anderen firmierenden Gesellschafter verfügen.

Ist der neue Genosse vor der Klagezustellung in die offene Handelsgesellschaft eingetreten, so ist er, auch wenn es sich um eine vor seinem Eintritt zur Existenz gekommene Berechtigung oder Verbindlichkeit handelt, infolge seiner Gleichstellung mit den bisherigen Gesellschaftern gegenüber Dritten im Prozesse in derselben Lage wie die übrigen Gesellschafter. Er ist wie diese durch die Firma gedeckt und wird Partei. Ist er socius gerens, so kann er alle Prozesshandlungen vornehmen: das Urteil wird für und gegen ihn rechtskräftig und ist in sein Privatvermögen vollstreckbar.

Grössere prozessuale Schwierigkeiten ergeben sich, wenn zur Zeit des Eintrittes eines Genossen ein Gesellschaftsprozess bereits anhängig ist. Aber auch in diesem Falle wird das neue Mitglied gleich den übrigen Gesellschaftern Prozesssubjekt. Partei im Rechtsstreite ist nach der Civilprozessordnung lediglich diejenige Person, für und gegen welche die

[1]) Vgl. Renaud, die Kommanditg., S. 195 ff., Sommer l. c., S. 359.

Klage rite erhoben ist[1][2]). Wenn nun eine zu einem Vereine ohne juristische Persönlichkeit zusammengefasste Mehrheit von Personen unter gemeinschaftlichem Namen klagt oder verklagt wird, so ist damit, wie Plank sagt[3]), die Klage erhoben für und gegen „wen es angeht". Der gemeinschaftliche Name deckt alle Genossen, ohne dass zunächst der einzelne hervortritt. Jeder rechtsgiltig vorgenommene Prozessakt wirkt — im Gegensatze zur Korporation — unmittelbar für und gegen die sämtlichen Genossen, welche von dem gemeinschaftlichen Namen umfasst werden. Einen solchen Personenverein bildet auch die offene Handelsgesellschaft. Unter der Firma ist immer inbegriffen „wen es angeht", d. h. sämtliche Gesellschafter. Es bedarf daher bei der Klageerhebung der namentlichen Bezeichnung der Genossen nicht[4]). Die Klage ist, wenn für oder gegen die offene Handelsgesellschaft unter der Firma ein Klageschriftsatz zugestellt ist, dadurch direkt für und gegen die Gesellschafter selbst anhängig. Der neu eintretende Genosse aber steht, wie dargethan wurde, nach aussen den bisherigen Gesellschaftern völlig gleich. Er ist mit seinem Eintritte ebenfalls unter der Gesellschaftsfirma inbegriffen und alle in gemeinschaftlichem Namen vorgenommenen Handlungen erfassen auch ihn. Es gilt folglich der unter der Firma zugestellte Klageschriftsatz, in dem die Bezeichnung auch des neuen Gesellschafters unter dem gemeinschaftlichen Namen, der Firma, formell bereits enthalten war, auch als für und gegen diesen zugestellt und demnach die Klage gemäss § 230 als für und gegen ihn erhoben.

Mit dem wirksamen[5]) Eintritt ist daher der Gesellschafter

[1]) Vgl.. Entscheidung des Reichsgerichtes vom 18. Nov. 1885, abgedruckt bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Bd. XXX, S. 443.

[2]) Ausnahmen hievon bieten nur die Fälle der §§ 66, 72, 73, 217 237, C.P.O.

[3]) Plank l. c. Bd. I. S. 211.

[4]) Vgl. Wilmowski-Levy, Kommentar, Note 3 zu § 230, Behrend l. c., S. 524, Note 2, R.O.H.G. Bd. IX, S. 17.

[5]) s. hierüber Staub, Kommentar, § 2 zu Art. 113 u. dort citierte.

ohne weiteres Partei, tritt als Streitgenosse im Sinne des § 59 neben die bisherigen Gesellschafter und hat dieselbe prozessuale Stellung wie diese[1]).

Hiebei ist bezüglich des Parteieides noch auf folgendes hinzuweisen:

Ist der neue Genosse von der Vertretungsbefugnis nicht durch Vertrag ausgeschlossen, so ist er im Prozesse der Gesellschaft auch eidesfähig. Da nun der Satz, dass die Parteieide von allen eidesfähigen Gesellschaftern geleistet werden müssen, eine Folge der höchst persönlichen Natur des Eides ist, ergiebt sich hieraus weiter, dass nicht der Zeitpunkt des Eidesgeschäftes, sondern derjenige der Eidesleistung selbst für die Frage massgebend sein muss, welche Gesellschafter thatsächlich zu schwören haben. Denn es kann auch der zwischen dem Eidesgeschäfte und der Eidesleistung neu eingetretene schwurpflichtige Gesellschafter nicht vertreten werden[2]). Daher muss der bereits verkündete auf die Eidesleistung bezügliche Beweisbeschluss, bezw. das bedingte Endurteil ergänzt werden. Wenn die Parteien einig sind, geschieht dieses durch Beschluss; entsteht unter den Parteien Streit hierüber, so qualifiziert sich dieser als ein gelegentlich der Beweisaufnahme entstandener Zwischenstreit und kann durch Zwischenurteil entschieden werden[3]).

II. Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters.

Die Bestimmung des Art. 123 Ziff. 2, dass die offene Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters dann nicht aufgelöst wird, wenn durch Vertrag bestimmt ist, dass dieselbe mit den Erben fortbestehen soll, hat eine Reihe von Streitfragen hervorgerufen. Diese gehören jedoch dem materiellen Rechte an und beeinflussen die prozessualen Verhält-

[1]) Ebenso: Wach l. c., S. 531, Sommer l. c., S. 360, Staub, Kommentar, § 8 zu Art. 111.

[2]) s. Seuffert, Kommentar, Note 2 in fine zu § 434, Renaud, l. c., S. 380 f., R.O.H.G., Bd. IX. S. 18, XX, 181, R.G., Bd. XIV, S. 20 f.

[3]) Vgl. Seuffert, Kommentar l. c., Wilmowski-Levy, Kommentar, Note 2 in fine zu § 427.

nisse, insbesondere soweit sie in den Rahmen dieser Arbeit gehören, nicht. Wir haben uns einfach auf den Boden zu stellen, dass die Erben des Verstorbenen in die Gesellschaft eingetreten sind.

Die Folge hievon ist zunächst, dass die Gesellschaft mit den neuen Genossen als die alte Gesellschaft fortgesetzt wird. Der Erbe tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein. Nach der herrschenden und allein dem Erb- und Handelsrechte entsprechenden Ansicht nimmt auch eine Mehrzahl von Erben nicht als eine unter sich geschlossene Einheit die Stellung des Verstorbenen innerhalb der Gesellschaft ein, sondern stehen vielmehr jedem einzelnen Erben mit seinem Eintritt in die Gesellschaft individuell alle Rechte eines Gesellschafters ebenso zu, wie er für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit seinem Gesamtvermögen haftet. Auch die Vertretungsbefugnis des beerbten Gesellschafters geht, sofern nicht ein Anderes im Vertrage vereinbart ist, auf die neuen Gesellschafter über[1]). Es steht also wie im Falle des vorhin behandelten vertragsmässigen Eintrittes eines Gesellschafters in die bestehende Gesellschaft der succedierende Erbe den noch verbliebenen Gesellschaftern nach aussen völlig gleich. Damit ist die prozessuale Stellung des, bezw. der als Gesellschafter eintretenden Erben gegeben. Denn auf Grund Gesellschaftsrechtes sind infolge dessen die Erben — ohne Rücksicht auf die speziellen Rechtsfolgen der Universal- oder Singularsuccession[2]) — gleichgiltig, ob sie vor oder während der Anhängigkeit eines Prozesses in die Gesellschaft eingetreten sind, aus den oben[3]) dargelegten Gründen im Rechtsstreite der Gesellschaft gleich den übrigen Genossen Prozessparteien mit allen daraus sich ergebenden Konsequenzen.

---

[1]) Vgl. R.G., Bd. XVI, S. 41 ff., Viezens in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXV, S. 142, Staub, Kommentar, § 6 zu Art. 123; abweichend von diesen Renaud l. c., S. 208 ff.

[2]) Ob überhaupt die Singularsuccession unter Ziff. 2 des Art. 123 fällt, ist bestritten; dafür: v. Hahn, Kommentar, zu Art. 123, Renaud l. c., S. 212, dagegen: Viezens l. c., S. 115 f.

[3]) S. 50 f.

III. Die regelmässige Folge des Fortfalls eines Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft selbst, kann ferner nach Art. 127, 128 und 132 abgewendet werden.

In diesen drei Fällen endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf den ausgeschiedenen und ausgeschlossenen Genossen, während sie unter den verbleibenden Gesellschaftern als die bisherige fortgesetzt wird.

Der abgehende Gesellschafter wird von dem Momente seines Ausscheidens an, bezw. bei Ausschluss von der Zeit der Behändigung der Klage auf Ausschluss[1]), durch neue Geschäfte der Gesellschaft nicht mehr berechtigt noch verpflichtet[2]). Die aus seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entspringenden Beschränkungen wie Befugnisse, also insbesondere auch das Vertretungsrecht, fallen weg. Da der Gesellschafter nur in seiner Eigenschaft als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens ist, so hört er auch mit seinem Ausscheiden auf, an diesem Vermögensfonds direkt beteiligt zu sein. Seine Rechte verwandeln sich nach Art. 131 in eine Forderung gegen die fortbestehende Gesellschaft auf „Auslieferung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen in einer den Wert desselben darstellenden Geldsumme“[3]). Der fortgefallene Ge-

[1]) Bei dem Ausscheiden nach Art. 132 ist massgebend der Zeitpunkt, in welchem die Aufkündigung von seiten des Privatgläubigers wirksam wird; s. Behrend l. c., S. 556, Note 6, Renaud l. c., S. 616, Staub, Kommentar, § 1 zu Art. 132.

[2]) Hiebei ist jedoch die Bestimmung des Art. 129 Abs. 5 zu beachten.

[3]) Ebenso: v. Hahn, Kommentar, zu Art. 131, Staub, Kommentar, zu Art. 130 u. 131, Thoel l. c., § 101, Behrend l. c., S. 558, Note 18. R.G. Bd. VII, S. 94, XVIII, 44, XXV, 256; dagegen nehmen eine Fortdauer des Gemeinschaftsverhältnisses an Renaud l. c., S. 614 (s. gegen diesen Behrend l. c.) und Sommer l. c., S. 362, der bei seinem Hinweise darauf, dass auch nach eingetretener Liquidation die Gesellschafter sich die Auslieferung ihres Anteils in einer Geldsumme gefallen lassen müssten und doch Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens blieben, die Bestimmung des Art. 144 unberücksichtigt lässt, wonach eben ausdrücklich vorgeschrieben ist, dass während der Liquidation im Rechts-

sellschafter nimmt daher auch an den gesellschaftlichen Rechten, welche vor seinem Ausscheiden existent geworden sind, nicht mehr unmittelbar teil, sondern ist an denselben, so lange die Auseinandersetzung noch nicht vollständig erfolgt ist, nur noch insoweit interessiert, als nach der Grösse des Aktivvermögens der Gesellschaft sich die Höhe seiner Forderung gegen die für ihn neue[1]) Gesellschaft richtet. Ist daher zur Zeit des Ausscheidens eines Gesellschafters ein Prozess anhängig, in dem die Gesellschaft als Klägerin ein ihr zustehendes Recht geltend macht, so nimmt derselbe wie am ganzen Gesellschaftsvermögen, so auch an dem erhobenen Anspruch nicht mehr teil; das Urteil, welches der „Gesellschaft" etwas zu- oder abspricht, berührt ihn, da er aufgehört hat, Subjekt der Gesellschaftsrechte zu sein, nur noch mittelbar. Er ist also nicht mehr unter dem „wen es angeht" inbegriffen, hat die ihm allein auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft innewohnende Parteieigenschaft verloren, ist auch sonst persönlich am Prozesse nicht mehr direkt beteiligt und scheidet infolge dessen notwendigerweise aus dem Prozesse aus, der gegenüber der fortbestehenden Gesellschaft ungehindert weiter geht[2]).

Die Rechtslage und damit die prozessuale Stellung des weggefallenen Gesellschafters ist eine andere, wenn der bei seinem Ausscheiden noch schwebende Prozess gegen die Gesellschaft wegen einer Verbindlichkeit derselben gerichtet ist. Denn in einem Passivprozesse sind die Gesellschafter nicht nur rücksichtlich des Gesellschaftsvermögens, sondern auch in Bezug auf das Privatvermögen belangt. Folglich bleibt

verhältnisse der bisherigen Gesellschafter unter einander eine Änderung nicht eintritt; ferner Anschütz und Voelderndorff, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch, zu Art. 131, R.O.H.G. Bd. XV, S. 205.

[1]) s. R.G., Bd. VII, S. 94.

[2]) Die Vorschrift des § 236 C.P.O. schlägt hier weder dem Wortlaute noch der ratio des Gesetzes nach ein. Denn einerseits liegt in dem Aufgeben des Gesellschaftsrechtes keine Cession an die verbleibenden Gesellschafter (vgl. R.O.H.G., Bd. XXI, S. 128; R.G., Bd. XVIII, S. 44), andererseits wird die prozessuale Lage des Prozessgegners durch das Ausscheiden keineswegs verschlechtert.

der ausgeschiedene Gesellschafter, da seine solidarische Haftung für die Verpflichtungen der Gesellschaft fortbesteht, in dem Prozesse direkt verwickelt und ist nach wie vor in dem gegen ihn anhängig gewordenen Rechtsstreite Partei. Seine Stellung in demselben erleidet nur insoferne eine Änderung, als er infolge des Verlustes der Vertretungsbefugnis nun nicht mehr im Namen der Gesellschaft handeln kann[1]). Ebensowenig kann er aber in eigenem Namen sein Interesse wahrnehmen. Er muss vielmehr nach der Vorschrift des Art. 130 Abs. 3, dass „der Ausgeschiedene oder Ausgeschlossene sich die Beendigung der laufenden Geschäfte in der Weise gefallen lassen muss, wie sie nach dem Ermessen der verbleibenden Gesellschafter am vorteilhaftesten ist“ durch die verbleibenden Gesellschafter, welche insoweit nach dieser Bestimmung als seine gesetzlichen Vertreter gelten, für sich handeln lassen[2]).

Ist der Gesellschafter bereits vor der Klageerhebung ausgetreten oder ausgeschlossen worden, so wird der Prozess, auch wenn eine vor dem Zeitpunkte des Ausscheidens erworbene Berechtigung oder übernommene Verpflichtung Gegenstand desselben ist, nicht mehr für oder gegen ihn rechtshängig, da er durch die Firma nicht mehr gedeckt ist und daher durch die Klageerhebung nicht mehr getroffen wird. Der frühere Genosse kann sich in diesem Falle als Nebenintervenient am Gesellschaftsprozesse beteiligen und auch als Zeuge vernommen werden.

§ 11.

Die Stellung der Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft in Liquidation.

Die Liquidation, die regelmässige Folge der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft, hat zum Zwecke und Inhalt

1) Es findet daher hier wie beim Ausscheiden aus dem Aktivprozesse eine Unterbrechung nach § 219 dann statt, wenn der fortgefallene Gesellschafter der einzige firmierende Genosse war; für den Fall, dass demselben bereits der Parteieid durch gerichtliche Entscheidung auferlegt war, treten die Folgen des § 433 ein.

2) cf. Wach l. c., S. 531, Staub, Kommentar, S. 168.

die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens unter den Genossen. Die Vermögensgemeinschaft bildet nunmehr, nachdem mit der Auflösung der Gesellschaft der Betrieb des gemeinschaftlichen Handelsgewerbes aufhört, das Band, welches die Gesellschafter verknüpft. Diese Gemeinschaft erfährt durch die Auflösung der Gesellschaft keinerlei Änderung und unterliegt während der Liquidation denselben Rechtsregeln wie zur Zeit des Bestehens der Handelsgesellschaft[1]). Die nunmehr zwischen den Genossen bestehende Gemeinschaft besitzt also keine Rechtssubjektivität, sondern die bisherigen Gesellschafter, bezw. deren Rechtsnachfolger, sind die Träger der Gemeinschafts-Rechte und Verbindlichkeiten. Auch fortan ist eine Privatdisposition des einzelnen socius über das gemeinschaftliche Vermögen ausgeschlossen und bleibt daher die Einheitlichkeit der Berechtigungen und Verpflichtungen für sämtliche Gesellschafter gewahrt. Ebenso dauert — mit der Beschränkung des Art. 146 — die persönliche Haftung der Teilhaber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit ihrem Privatvermögen fort[2]).

Aus diesen Sätzen ergiebt sich, dass die Stellung der Gesellschafter im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft in Liquidation identisch mit derjenigen ist, welche dieselben in einem zur Zeit des Bestandes der Gesellschaft anhängigen Prozesse einnehmen. Die Gesellschafter sind also Parteien im Rechtsstreite und zwar als Streitgenossen gemäss § 59 der Civilprozessordnung. Im Passivprozesse wird das Urteil in Bezug auf das Gesamtvermögen der Genossen rechtskräftig und unter Vorbehalt der Sonderrechte gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger auch in das Privatvermögen derselben vollstreckbar. Eine Teilnahme am Gesellschaftsprozesse als Nebenintervenient ist ebenso wie die Zeugnisleistung in demselben für den einzelnen Gemeinschafter ausgeschlossen[3]).

Eine besondere Regelung hat die Vertretung der in Liqui-

---

1) Art. 144.

2) Vgl. Behrend l. c., S. 563 ff., Renaud l. c., S. 529 ff., Kommentare von v. Hahn, Staub, Gareis-Fuchsberger, zu Art. 133 ff.

3) Vgl. Staub, Kommentar, § 6 zu Art. 137, R.G., Bd. XVII, S. 365.

dation befindlichen Gesellschaft erfahren. Die Vertretungsbefugnis nämlich steht nicht mehr den Gesellschaftern als solchen zu, sondern ist den Liquidatoren übertragen[1]). Diesen obliegt die Vornahme aller zum Zwecke der schliesslichen Auseinandersetzung dienlichen Handlungen, die gerichtliche und aussergerichtliche Vertretung der Gemeinschaft.

Das Handelsgesetzbuch regelt zwar in nur dispositiver Weise, wer als Liquidator fungieren soll, schreibt aber absolut die Bestellung von Liquidatoren vor. Denn auch in dem Falle, dass die Auseinandersetzung nicht von Personen, welchen die Vertretungsbefugnis durch Vertrag unter den Gesellschaftern oder durch den Richter übertragen worden ist, sondern von sämtlichen Gesellschaftern gemäss Art. 133 vorgenommen wird, erfolgt die Liquidation durch die sämtlichen bisherigen Gesellschafter oder deren Vertreter nach dem Willen des Gesetzes immer nur in der Eigenschaft „als Liquidatoren". Die Gesellschafter können zwar die Liquidatoren ernennen und abberufen und die Geschäftsführung derselben unmittelbar beeinflussen[2]), aber nach aussen können mit Rechtswirksamkeit im Namen der Gemeinschaft lediglich die Liquidatoren handeln. Diese sind demnach die gesetzlichen nnd notwendigen Vertreter der Gesellschaft, während die Gesellschafter als solche die Fähigkeit entbehren, die im Liquidationsstadium befindliche offene Handelsgesellschaft unter deren Namen und damit sich selbst zu berechtigen und zu verpflichten[3]), mithin partiell handlungsunfähig und in diesen Grenzen prozessunfähig sind. Demzufolge ist die im Art. 137 angeordnete gerichtliche Vertretung der Gesellschaft durch die Liquidatoren eine „gesetzliche" im Sinne

---

[1]) Art. 133, 137, 144.

[2]) Art. 133—135, 140.

[3]) Erklärt man ein gemeinschaftliches Handeln der Gesellschafter deshalb für rechtswirksam, weil darin der Widerruf der Vollmacht des Liquidators gesehen werden müsse (so Wach bei Busch, Zeitschr. f. deutschenCivilprozess, Bd. IX, S. 455), so ist damit zugleich gesagt, dass die Gesellschafter in diesem Falle auch nur als Liquidatoren rechtswirksam handeln; denn mit der Abberufung des Liquidators sind sie selbst nach Art. 133 unmittelbar Liquidatoren geworden.

der Civilprozessordnung. Hieraus ergiebt sich, dass die Liquidatoren im Prozesse der Gemeinschaft auch die Parteieide zu leisten haben[1]). Jedoch haben sie die Eide als gesetzliche Vertreter der Gesellschafter nach § 435 ff. der Civilprozessordnung und nicht als Parteien[2]) zu schwören. Denn Parteien des Prozesses sind die Gesellschafter, während die Liquidatoren als solche lediglich für diese als deren gesetzliche Vertreter handeln[3]).

Tritt die offene Handelsgesellschaft lite durante in Liquidation, so erleidet durch diesen Vorgang nur die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter eine Änderung, während im übrigen die prozessuale Stellung derselben durchaus die gleiche bleibt.

---

[1]) Ebenso: Behrend l. c., S. 572, Note 7, v. Hahn, Kommentar, zu Art. 137, Staub, Kommentar, § 6 zu Art. 137, R.O.H.G., Bd. XXI. S. 344, 390 f., XXIII, 329 f., R.G. bei Busch, Archiv f. Theorie und Praxis des allg. deutsch. Handels- u. Wechselr., Bd. XLII, S. 24; vgl. hiezu R.G. Bd. XVII, S. 365 ff.; a. M. Renaud l. c., S. 574 f., Wach l. c., S. 451 ff., nach welchen die Gesellschafter als solche den Eid zu leisten haben, was damit begründet wird, dass dieselben weder dispositions- noch prozessunfähig seien, s. dagegen den Text.

[2]) So fälschlich: Thoel l. c., S. 337, R.O.H.G., Bd. X, S. 356 ff., XII, 215 ff.

[3]) Vgl. Behrend l. c., Staub, Kommentar, l. c., Wach l. c., S. 453.